



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Pós-Graduação em Direito

EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA: DECISÃO
INEFICIENTE.

Brasília/DF

2013

EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA: DECISÃO
INEFICIENTE.

Dissertação apresentada como requisito final à
concessão do título de mestre em Direito pelo
curso de mestrado em Direito e Políticas Públicas
do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientador: Professor Doutor Héctor Valverde
Santana.

Brasília/DF

2013

Chagas, Edilson Enedino das.

A desconsideração da personalidade jurídica na falência: decisão ineficiente./
Edilson Enedino das Chagas. -- Brasília: O autor, 2013.
244 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito. Orientador: Professor Doutor Héctor Valverde Santana.

1. Direito. 2. Economia. 3. Análise Econômica do Direito. 4. Falência. 5. Ação de Responsabilização. 6. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 7. Decisão ineficiente. Santana, Héctor Valverde (orientador).

EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA: DECISÃO
INEFICIENTE.

Dissertação apresentada como requisito final à
concessão do título de mestre em Direito pelo
curso de mestrado em Direito e Políticas Públicas
do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientador: Professor Doutor Héctor Valverde
Santana.

Brasília, 16 de setembro 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

Profa. Dra. Neide Teresinha Malard

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro

Aos meus amados pais, esposa e filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a Deus pela proteção em todos os momentos.

Agradeço a Jesus Cristo, primeiro porque dignificou o ser humano, ao sintetizar a lei em apenas duas prescrições: “Amai a Deus e Amai ao próximo como a ti mesmo”. Segundo, porque foi e é professor de seus discípulos, dentre os quais me incluo.

Agradeço aos meus pastores, familiares e amigos pela presença constante, pelo estímulo e apoio.

Agradeço ao meu orientador pela confiança, pelo exemplo de dedicação e responsabilidade.

Agradeço a minha co-orientadora pelo tratamento, que sempre pareceu estar sendo dispensado como a um filho.

Agradeço a todos os professores do mestrado por despertarem em mim a paixão ao conhecimento, pela motivação e, especialmente, por acreditarem e investirem no meu crescimento acadêmico e humano.

Agradeço a todos os amigos da Vara de Falências do Distrito Federal, pelo companheirismo profissional e incansável labor na busca de um trabalho harmonioso que me permitiu desbravar o mestrado, sem prejuízo da agilidade e tempestividade dos procedimentos judiciais. Em especial, agradeço ao Dr. Éverson Dantas, incansável escudeiro nessa batalha.

Agradeço a todo o corpo de funcionários do UniCeub, principalmente à secretaria do mestrado, pelo bom atendimento e pronto auxílio em qualquer situação.

RESUMO

A atividade empresarial é interesse difuso e sua preservação interesse difuso derivado. Em tempos de globalização a dignidade da pessoa humana constrói-se também pelo acesso das pessoas a bens e serviços. O desenvolvimento da atividade empresarial, de acordo com o capitalismo social, é vocação da iniciativa privada, de empreendedores, de sociedades e de grupos econômicos. Os empresários terão o desafio de conciliar o risco-benefício da atividade, na perspectiva do lucro, mas sem se descuidarem de cumprir a função social dos empreendimentos. Uma solidariedade técnica associada a uma solidariedade ética. O capitalismo a proporcionar desenvolvimento com sustentabilidade. A aproximação entre Direito e Economia ou, minimamente, uma Análise Econômica do Direito, impõe-se ao julgador que se proponha decidir com eficiência os conflitos que envolvam a crise financeira da empresa. Em tais situações, antes de relativizar o princípio da autonomia patrimonial, encampando eventual pedido de desconsideração da personalidade jurídica, deverá instar a conciliação. No caso de falência, a decisão eficiente se orientará pela teoria dos jogos, da escolha racional, pelos índices de Pareto, pela Comunicação Cooperativa e pelo Princípio da Eficiência Econômico-Social. A Lei de Falências corresponde a microssistema de direito, sendo que a ação autônoma de responsabilização demonstra-se, em função dos princípios da especialidade e da preservação da empresa, preferível à extensão dos efeitos da falência por meio da técnica da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: 1. Direito. 2. Economia. 3. Análise Econômica do Direito. 4. Falência. 5. Ação de Responsabilização. 6. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 7. Decisão ineficiente.

ABSTRACT

The business activity is disseminated interest and its preservation derivative disseminated. In globalization times, the dignity of the human being builds itself also by the people's access to goods and services. The development of business activities, according to the social capitalism, is responsibility of the private institutions, of entrepreneurs, of the society and of economic groups. The entrepreneurs will have the challenge of reconcile the risk-benefit of its activities, the perspective of profit, but without overlooking the social function of enterprises Technical solidarity associated to ethic solidarity. The capitalism can provide development associated with sustainability. The closer between Law and Economy, or, basically an economic analysis of the Law, presents itself to the person that allows herself to decide efficiently the conflicts that involving the financial crises in the company. In those cases, before revitalizing the principle of patrimonial autonomy, expropriating an eventual request of slight of the legal person, there must urge the conciliation. In an eventual bankruptcy, the decision shall be oriented by the "theory of games", the rational choices, by the "indices of Pareto", by the Cooperative communication and by the Principle of the Social-Economic Efficiency. The Law of bankruptcy relates to a law microsystem, being that the autonomy action of empowerment shows itself, in function of the principles of specialty and preservation of the company, preferably to the extension of the bankruptcy effects tough the technics of slight of the legal person.

Keywords: 1. Law. 2. Economy. 3. Economic analysis of the Law. 4. Bankruptcy. 5. Act of Empowerment. 6. Disregard of legal entity doctrine. 7. Inefficient decision.

RESUMEN

La actividad empresarial es interés difuso y su preservación es interés difuso derivado. En tiempos de globalización, la dignidad de la persona humana se construye también por el acceso de las personas a bienes y servicios. El desarrollo de la actividad empresarial, de acuerdo con el capitalismo social es la vocación del sector privado, los empresarios, las empresas y grupos económicos. Los empresarios tendrán el reto de conciliar la actividad de beneficio-riesgo, en vista de los beneficios, pero sin dejar de cumplir con el papel social de las empresas. Una solidaridad técnica asociada con la solidaridad ética. El capitalismo con el desarrollo para proporcionar sostenibilidad. La conexión entre el derecho y la economía, o como mínimo una análisis económica del Derecho, es imperativo que el juez tiene la intención de decidir de manera eficiente los conflictos relacionados con la crisis financiera de la empresa. En tales situaciones, antes de mitigar el principio de autonomía patrimonial, expropiar cualquier reclamación por levantamiento del velo corporativo, instará a la reconciliación. En caso de quiebra, la decisión eficiente se guía por la teoría de juegos, la elección racional, el índice de Pareto, la Cooperación de Comunicación y el Principio de Eficiencia Económica y Social. La Ley Concursal corresponde a microsistema de la ley, y se demuestra la acción independiente de rendición de cuentas, de acuerdo con los principios de la especialidad y la preservación de la empresa, es preferible que haya una extensión de los efectos de la quiebra mediante la técnica del levantamiento del velo corporativo.

Palabras clave: 1. Derecho. 2. Economía. 3. Análisis Económica del Derecho. 4. Bancarrota. 5. Responsabilidad Acción. 6. Desestimacion de la personalidad jurídica. 7. Decisión ineficiente.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AED – Análise Econômica do Direito

Art. – artigo

BACENJUD – Sistema Eletrônico de Atendimento às solicitações do Poder Judiciário sobre instituições financeiras intermediadas pelo Banco Central

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90

CF – Constituição Federal de 1988

CJF – Conselho da Justiça Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócioeconômicos

DL – Decreto-lei

EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

inc. – inciso

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LC – Lei Complementar

LFRE – Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei 11101/05

LTDA – Sociedade de Responsabilidade Limitada

LSA – Lei das Sociedades Anônimas – Lei 6404/76

MEI – Microempresário Individual

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

MP – Ministério Público

n. – número

ONU – Organização das Nações Unidas

ONG – Organização não Governamental

par. – parágrafo

PEEE – Princípio da Eficiência Econômico-Social

PL – Projeto de Lei

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

RDC – Revista de Direito do Consumidor

RE – Recurso Extraordinário

RF – Revista Forense

REsp – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

SA – Sociedade Anônima

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

RENAJUD – Restrições Judiciais de Veículos Automóveis

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

> - “ao menos tão bom quanto”

~

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| AGRADECIMENTOS | 8 |
| RESUMO | 10 |
| ABSTRACT | 12 |
| RESUMEN | 14 |
| LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS | 15 |
| SUMÁRIO | 18 |
| INTRODUÇÃO | 21 |
| 1 A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES | 25 |
| 1.1 A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL | 26 |
| 1.1.1 <i>Um Estado de Direito não intervencionista como resultado da convergência dos Sistemas Econômicos</i> | 29 |
| 1.1.2 <i>O poder de articulação da Sociedade Civil Organizada e o conceito de “Social Capital” a referendar a necessidade de desregulamentação da Economia</i> | 33 |
| 1.2 A PERSONIFICAÇÃO COMO PROTEÇÃO E LIMITE DE RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS (O DEBATE ENTRE FICCIONISTAS E REALISTAS) | 36 |
| 1.3 A TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA E SUA APROXIMAÇÃO COM A TEORIA DA EMPRESA | 41 |
| 1.4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO ABUSO DE DIREITO E COMO EXCEÇÃO AOS DIREITOS ADVINDOS DA PERSONIFICAÇÃO | 47 |
| 1.5 A RESPONSABILIDADE LIMITADA A AFASTAR A RESPONSABILIDADE ORDINÁRIA DOS SÓCIOS PELO PASSIVO A DESCOBERTO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS | 52 |
| 1.6 A RESPONSABILIDADE LIMITADA NO CONTEXTO DO GRUPO EMPRESARIAL | 58 |
| 1.7 A JUSTIFICATIVA ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE LIMITADA | 63 |
| 1.7.1 <i>O risco do negócio</i> | 66 |
| 1.7.2 <i>Os custos do negócio</i> | 70 |
| 1.7.3 <i>Incentivo ao empreendimento, sobretudo dos pequenos negócios</i> | 76 |
| 2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 88 |
| 2.1 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (ORIGEM NO COMMON LAW) | 89 |
| 2.2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO NA OBRA PIONEIRA DE ROLF SERICK | 97 |
| 2.3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA (ENTRE A OMISSÃO LEGISLATIVA E UMA REGULAÇÃO DE EQUILÍBRIO) | 108 |
| 2.3.1 <i>A doutrina norte-americana</i> | 108 |
| 2.3.2 <i>A doutrina argentina</i> | 111 |
| 2.3.3 <i>A regulação da desconsideração da personalidade como posição minoritária no contexto ibero-americano</i> | 115 |
| 2.4. AS HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA | 118 |
| 2.5 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PL 1572/11 (O NOVO CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO) | 127 |
| 2.6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO GRUPO SOCIETÁRIO | 129 |
| 2.7 EXTERNALIDADES NEGATIVAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 136 |

| | |
|--|------------|
| 2.7.1 A AED e algumas escolas rivais | 137 |
| 2.7.2 Direito, Economia e Organizações | 137 |
| 2.7.3 A Teoria da Escolha Pública (Public Choice) | 138 |
| 2.7.4 Critical Legal Studies | 138 |
| 2.7.5 Behavioral Law and Economics | 139 |
| 2.7.6 Lawlessness and Economics | 139 |
| 2.7.7 STJ: entre a Cidadania e a Economia | 140 |
| 2.7.8 A insolvência civil e a falência frustradas, hipóteses para a aplicação do “minimax” da Teoria dos Jogos | 143 |
| 2.7.9 O Princípio da Eficiência Econômico-Social | 145 |
| 2.7.10 A AED e o enfrentamento das Externalidades | 147 |
| 3 OS FUNDAMENTOS DA AED | 151 |
| 3.1 CONCEITOS BASILARES | 152 |
| 3.1.1 A Escassez | 152 |
| 3.1.2 A Escolha Racional | 153 |
| 3.1.3. Os Incentivos | 154 |
| 3.1.4. A Eficiência | 155 |
| 3.2 CUSTO ELEVADO PARA ATIVIDADE ECONÔMICA E A CONFIRMAÇÃO DO TEOREMA DE RONALD COASE | 157 |
| 3.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA MERAMENTE OBJETIVA: DESINCENTIVO PARA EMPREENDEDORES E FALHA DE MERCADO | 162 |
| 3.3.1 O Índice de Pareto | 163 |
| 3.3.2 O critério Kaldor-Hicks | 164 |
| 3.4. GASTOS ELEVADOS EM LITÍGIOS | 166 |
| 3.4.1 A Teoria Econômica do Processo Judicial | 167 |
| 3.4.2 Os custos do Julgamento e as Árvores de Decisão | 169 |
| 3.4.3 Cálculo econométrico eficiente: entre eventual acordo e o pedido de desconsideração da personalidade jurídica na execução singular | 172 |
| 4 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS NA FALÊNCIA | 174 |
| 4.1 OS SÓCIOS DE RESPONSABILIDADE ILIMITADA | 174 |
| 4.2 A AÇÃO DE INTEGRALIZAÇÃO | 175 |
| 4.3 AS SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS | 175 |
| 4.4 A AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO | 179 |
| 4.5 O VIÉS SUBJETIVO DA AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO | 182 |
| 4.6 A LEGITIMIDADE AD CAUSAM SUBSIDIÁRIA DO MP | 183 |
| 4.7 O VIÉS OBJETIVO DA AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO | 184 |
| 4.8 UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 190 |
| 4.8.1 A Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann e a crise de função decorrente da Técnica da Desconsideração da Personalidade Jurídica | 191 |
| 4.8.2 A Teoria Discursiva do Direito de Jünguen Habermas a referendar um Processo Civil não Destrutivo | 195 |
| 4.8.3 A crítica de Boaventura de Sousa Santos e a Lei de Falências como Microsistema de Direito | 196 |
| 4.9 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DECISÃO INEFICIENTE. | 199 |
| 4.9.1 O depósito elisivo e a possibilidade de audiência de conciliação na fase pré-falimentar | 199 |
| 4.9.2 A Cooperação Comunicativa e a Teoria da Escolha Racional | 202 |
| 4.9.3 A Teoria da Barganha a construir Acordos Judiciais | 206 |
| 4.9.4 A técnica da desconsideração da personalidade jurídica a complementar a proteção dada pela ação de responsabilização | 214 |

| | |
|--|-----|
| <i>4.9.5 As leis concursais de Brasil e Espanha: paralelo entre a Ação de Responsabilização e a “Qualificação”</i> | |
| ----- | 216 |

| | |
|------------------------|------------|
| CONCLUSÃO ----- | 219 |
|------------------------|------------|

| | |
|--------------------------|------------|
| REFERÊNCIAS ----- | 228 |
|--------------------------|------------|

INTRODUÇÃO

A distribuição de renda tem relação direta com o comportamento dos agentes econômicos, matéria objeto de estudo da Economia. Por outro lado, as regras e princípios jurídicos específicos a normatizar a atividade de produção de bens e serviços e a trazer garantias específicas aos que se lancem ao empreendedorismo (empresários individuais e coletivos) é campo de investigação do Direito Empresarial.

Intuitivamente, percebe-se a estreita e necessária relação entre a Economia e o Direito Empresarial, diante da coincidência, ainda que parcial, de seus objetos de estudo. Por isso, o diálogo entre tais campos do saber demonstra-se imprescindível. A interdisciplinaridade não compromete a autonomia das ciências referenciadas. Deve haver interdependência, não dependência ou superposição dos conceitos de uma disciplina em relação à outra. Neste sentido, tanto a inovação do ordenamento jurídico, quanto a aplicação do direito positivo vigente deverá apoiar-se, quando possível, em ferramental teórico construído pela Economia ou orientar-se por uma análise econômica do direito, tendo em vista que a investigação do comportamento dos agentes econômicos permitirá melhor compreensão do direito antes formulado abstratamente.¹

A crise do positivismo pode também ser intitulada de crise de efetividade, tendo como origem o distanciamento entre o direito posto e a realidade. O Poder Judiciário, responsável pela pacificação social, ao aplicar a lei aos casos concretos ou eleger a justiça material para solucionar os conflitos sociais, somente conseguirá seu objetivo, seja pela lógica ou pela experiência, seja pelo silogismo ou opinião, se forem contextualizados resultados positivos, eficientes. A modulação ou a mensuração de tal eficiência se pautará pelo arcabouço técnico racional disponibilizado pela Economia ou, pelo menos, através da Análise Econômica do Direito, para que se alcance, pragmaticamente, “um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais”.²

Partindo da premissa de que é desejável e possível a promoção de uma tutela jurisdicional eficiente, buscou-se na presente pesquisa analisar a eficiência ou ineficiência de

¹ STAMMLER, Rudolf. *Economia y Derecho. La concepción Materialista de La Historia: una investigación filosóficosocial*. Madrid: Editorial Réus, 1929, pág. 138.

² POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pág. 20.

decisões judiciais que tem desconsiderado a personalidade jurídica de sociedades empresárias, isoladamente ou como componentes de grupos econômicos, em situação de crise singular (execução individual) ou coletiva (execução em sede de falência).

No cumprimento de tal proposta, primeiro foi necessário rememorar a historicidade da personificação da pessoa jurídica em geral, e do empresário coletivo, em particular, confrontando-se as teorias que buscaram explicar tal fenômeno, com destaque para a polarização entre ficcionistas e realistas. Resgatou-se, também, a importância da iniciativa privada para o desenvolvimento econômico e social em escala global, apontando-se as convergências dos sistemas econômicos que hoje se propõem hegemônicos.

Ainda no primeiro capítulo, a análise normativa do alcance do princípio da autonomia patrimonial, com a especificação do patrimônio social dissociado do patrimônio particular dos sócios, foi capaz de esmiuçar a responsabilidade direta do ente coletivo e a limitada de seus membros, analisando-se as nuances em torno de tal problemática. Em seguida, investigaram-se as justificativas econômicas da responsabilidade limitada.

No segundo capítulo, como exceção ou antítese à responsabilidade limitada (garantia derivada do princípio da autonomia patrimonial), tratou-se da origem, a evolução e a positivação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, salientando-se a tentativa pioneira de sistematização, de acordo com a doutrina de Rolf Serick. Compararam-se, ainda, as hipóteses legais de regulação do instituto no contexto ibero-americano, com destaque para as cláusulas gerais previstas na legislação brasileira e na sua subdivisão doutrinária e jurisprudencial a diferenciar as denominadas teorias maior e menor.

Pela teoria maior (maior na quantidade de pressupostos ou requisitos), necessária a contextualização do desvio de finalidade em sentido lato ou confusão patrimonial, além da insolvabilidade do ente coletivo, para o deferimento do levantamento do véu corporativo. Já pela teoria menor, a simples insolvabilidade da pessoa moral daria azo à desestimação do princípio da autonomia patrimonial, tendo como consequência a comunicabilidade de patrimônios, para satisfação das dívidas sociais pendentes.

Com a análise da doutrina de José Engracia Antunes, foi possível a revisão da bibliografia sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica entre os membros de um mesmo grupo econômico, quando se defendeu a vanguarda do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a regulação da responsabilidade dos componentes de grupos econômicos, tanto na Lei 6404/76 (LSA), quanto na Lei 8078/90 (CDC).

Ainda no segundo capítulo, apresentou-se uma análise das externalidades negativas potencialmente provocadas pelo deferimento de pedido de desconconsideração da personalidade jurídica de empresários e sociedades empresárias, apoiando-se tal tarefa nos conceitos fundamentais da AED (escassez, escolha racional, custo, externalidade, incentivos, equilíbrio e eficiência). Para tanto, revisitaram-se as obras pioneiras de Ronald Coase e Richard Posner, comparando a doutrina da AED com outras escolas, umas que apoiam a interação entre Direito e Economia, e outras que criticam tal interação.

No terceiro capítulo, com apoio nas teorias dos jogos, da escolha racional, da eficiência de Pareto, da comunicação cooperativa, da barganha, bem como da eficiência econômico-social, confrontou-se o rito ordinário disciplinado na ação de responsabilização, nos termos do art. 82, da LFRE, com eventual incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, segundo o projeto consolidado do novo CPC, defendendo-se que a ação de responsabilização deveria ter aplicação prioritária em relação ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, em virtude do princípio da especialidade e da preservação da empresa derivados do microssistema de direito que compõe a LFRF, apesar do dissenso doutrinário sobre o tema e da análise de precedentes do STJ que corroboram a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica, nos próprios autos da falência, sem necessidade do ajuizamento de ação autônoma.

A pesquisa assim desenvolvida confirmou a necessidade de um comedimento na aplicação da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica, principalmente quando contextualizado seu viés objetivo. Além disso, se a eficiência de uma decisão judicial se mensura pelos resultados positivos a serem alcançados e com o fim do litígio entre as partes, antes de eventual decisão sobre a desconconsideração da personalidade do ente coletivo ou da decretação de sua falência, deve-se buscar abreviar a resolução do conflito, instando-se as partes ao diálogo, para coibir o egoísmo destrutivo do processo adversarial, transformando-o, ao invés, em altruísmo interessado da conciliação, oportunidade em que se constrói a cooperação entre os agentes econômicos, para que todos ou o maior número deles sejam beneficiados, ainda que isso signifique a socialização de prejuízos.

A decisão judicial que homologar tal conciliação, além de consentânea com a ordem pública, será legítima e eficiente, porque não haverá perdedores nem o comprometimento de interesses de terceiros. A atividade empresarial permanecerá prestigiada, permitindo-se, desta forma, a “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos

credores”, promovendo-se, assim, “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47 da LFRE), como quer a lei.

1 A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES

Desde a antiguidade, os protótipos dos entes coletivos, correspondentes às universalidades de pessoas e às universalidades de bens, portanto, agrupamentos de homens ou de coisas, despontaram como empreendimentos coletivos hábeis a racionalizar recursos escassos, materializar interesses comuns, bem como validar a natureza do ser humano como naturalmente gregária.

A conjugação de vontades e de bens, para o desenvolvimento da atividade econômica, com a perspectiva de ganhos, sempre movimentou a economia, ainda que, inicialmente, instrumentalizada através de contratos de mútuo. Por exemplo, no Código de Hammurabi (historicamente monumento jurídico correspondente à compilação das fontes ou formas protojurídicas das normas de convivência da sociedade babilônica do século XVIII a.C.). O capital investido no negócio de outrem deveria ser recuperado, ao não ser que fosse extraviado sem culpa do devedor. Tal afirmação se infere da interpretação do art. 102 e do art. 103, ambos do Código de Hammurabi.³

No primeiro caso, de acordo com o art. 102, o empreender-mutuário, em princípio, mesmo que viesse a sofrer um dano, seria obrigado a restituir a quantia emprestada. Por outro lado, em se tratando de caso fortuito ou força maior, como na hipótese de um ataque perpetrado por um inimigo, a dívida seria perdoadada. Por estes exemplos, percebe-se como inerente à atividade econômica o risco do empreendimento ou do investimento.

Neste primeiro capítulo, percorrer-se-á o longo processo histórico que reconheceu personalidade jurídica aos empreendimentos econômicos, mitigando o risco do empreendimento através do princípio da autonomia patrimonial, a delimitar e identificar o patrimônio social, diferenciando-o do patrimônio de seus sócios. Tal garantia tem sua razão de ser no limite de sacrifício (financeiro) a ser exigido de quem se predisponha à produção de bens e serviços.

Isto é, o custo total da atividade não poderá superar os lucros, pois, do contrário, será irracional o desenvolvimento de eventual empreendimento. Por isso, importante a revisão dogmática do tema referente à personalização dos entes coletivos empresariais (e seus

³ Fonte: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 20/08/2013, às 13:00.

desdobramentos, autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade), mas igualmente relevante a investigação das justificativas econômicas do mesmo instituto.

1.1 A pessoa jurídica de direito privado como instrumento imprescindível para o desenvolvimento econômico e social

Ao rememorar-se que o ordenamento jurídico brasileiro é exemplo de sistema jurídico que prioriza a lei em sentido amplo como primeira fonte do direito, possível a afirmação de que nosso Direito tem suas raízes no direito romano-germânico⁴. Assim, já entre os romanos, a distinção entre pessoas naturais e pessoas jurídicas. Pessoa como qualquer entidade suscetível de direitos e obrigações na ordem constitucional, distinguindo-se as pessoas naturais como seres humanos detentores de determinados atributos ou *status* a lhes conferir capacidade jurídica. De se advertir, por isso, que, entre os romanos, nem todo ser humano poderia ser considerado pessoa, eis que aos escravos, por exemplo, não se reconheciam direitos (*servus est res*).

Além do homem (conceito biológico) acompanhado de atributos no meio social e familiar (liberdade, cidadania romana e independência financeira) a revelar a capacidade plena do indivíduo, também presentes as pessoas morais, conjunto de coisas ou de pessoas, aos quais os romanos reconheciam autonomia, delimitando-se ou separando-se referida autonomia da personalidade dos indivíduos que viessem a compor ou constituir um grupo e a “personalidade” do próprio grupo. Como ensina Cretella Junior⁵: “O agrupamento (*universitas*) constitui uma *persona*, um corpo (*corpus*), distinto da *persona* individual de cada um de seus membros (*singuli*)”.

Ulpiano parece ter renunciado a autonomia da pessoa jurídica (como princípio) em relação à pessoa física ao registrar que: “se se deve algo à ‘*universitas*’, não se deve a cada um de seus membros, nem o que a ‘*universitas*’ deve, seus membros devem”.⁶

A comunhão de esforços e o reconhecimento jurídico de conjuntos de pessoas e de bens como úteis à sociedade romana – e sociedade romana que perdurou por doze séculos, sendo, por isso, justificável que a organização política desenvolvida por tal sociedade tenha

⁴ Nesse sentido, as observações do prof. CRETELLA JUNIOR, José, ao salientar que quando do descobrimento do Brasil, vigentes e assimilados em Portugal institutos antes construídos pela civilização romana, dentre os quais a o da Ocupação, que serviu para legitimar e justificar a posse das terras então recém descobertas. *In Direito Romano Moderno*. São Paulo: Forense, 2006, pág. 10.

⁵ *Idem*, pág. 54.

⁶ *Si quid universitati debent, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*. Digesto III, 4, 7, 1.

marcado a antiguidade e a idade média⁷ – parece ter criado ambiente propício a recepcionar nas idades moderna e contemporânea, com a crescente complexidade das relações sociais, uma categoria jurídica a açambarcar o desenvolvimento dos espaços de produção e cultura, incluídos os esforços da sociedade civil organizada e da igreja, instituições colegiadas, associações e sociedades, portanto, categorias jurídicas a sistematizar o gênero pessoas jurídicas.⁸

O referido reconhecimento da importância das pessoas jurídicas atraiu a proteção legal e, como pressuposto para tal proteção, a personificação do ente coletivo. É dizer, o *status* de pessoa – a exemplo da capacidade atribuído da pessoa natural, declarando e percebendo-a suscetível de direitos e deveres – projetou em relação à pessoa moral responsabilidade destacada de eventual responsabilidade de seus integrantes, protegeu o patrimônio social, ainda que a incentivar a soma de economias, tendo em vista suas finalidades específicas. Fins amplos, identificáveis com o interesse coletivo (do Estado, do Município), ou fins mais restritos, como o lucro lícito das associações particulares, dentre as quais, as atuais sociedades empresárias.⁹ Na era da globalização, a sociedade civil organizada (como universo das pessoas jurídicas de direito privado) tem papel fundamental no desenvolvimento econômico e social.

Por oportuno, atenção especial merece o entrelaçamento entre o desenvolvimento econômico dos povos e a capacidade da iniciativa privada em impulsionar tal desenvolvimento de maneira criativa e eficaz através da formação de tipos ou grupos societários. De sociedades familiares, num passado de incipiente tecnologia (num tempo em que predominou o comércio terrestre desenvolvido pelo mercador), para, posteriormente, com os avanços tecnológicos, formarem-se sociedades para grandes empreitadas (como o comércio além-mar), bem como sociedades representativas das grandes indústrias com a inserção da produção em série (primeira revolução industrial) até os complexos conglomerados empresariais de hoje (com empresas a atuar em vários países), sendo que a economia livre do Estado Liberal (puro) de ontem foi substituída por uma economia de intervenção do Estado de

⁷ CRETELLA JUNIOR, José diz da importância da Civilização e do Direito Romano. *Op. cit.*, pág. 15.

⁸ NADER, Paulo, nesse sentido, qualifica as pessoas jurídicas como instrumento jurídico de avanço social. *In Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Parte Geral, v. 1, pág. 222.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, pág. 186.

Bem-Estar Social ou, ao menos, uma economia de regulação e fiscalização do Estado Neoliberal, modelos de Estado pretensamente atuais.¹⁰

A propósito, a inferência ou conveniência de determinada característica marcante a adjetivar o Estado revelam as finalidades do tipo-ideal de associação política em perspectiva analisada. Na verdade, tipos-ideais, pois há temas e finalidades a serem enfrentados em cada época. Historicamente, assim, primeiro houve a necessidade de limitação do poder estatal absolutista; na sequência, a mitigação da pobreza gerada por um capitalismo assimétrico, para depois se instalar a preocupação contra os riscos de um mundo globalizado (provenientes da ciência e da tecnologia), em que se apregoa, potencialmente, a multiplicação de bens e serviços, potencialmente acessíveis a todos. Neste palmilhar, o Estado se lançou ao enfrentamento de tarefas principais e sucessivas: preservar a ordem, distribuir as compensações sociais e administrar as situações coletivamente perigosas. Diante de tais tarefas vencidas ou a vencer, tem-se o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) e o Estado de Segurança (*Security State*).¹¹

No “último” estágio, o Estado de Segurança, na perspectiva de Jürgen Habermas¹², não se deveria descuidar dos efeitos nocivos da denominada *global governance*, entendida como proposta de reformulação do Estado, com a implantação de mecanismos de controle da inflação, para superação da crise econômica e política dos sistemas capitalistas periféricos, conforme constatação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, no final da década de 80. Tal proposta importou na flexibilização da economia, no sentido de recomendar a não intervenção estatal, o que redundou numa economia a se desenvolver em redes, funcionalmente hábil a deslocar capitais em escala mundial, o que se tornou operacionalmente possível, diante dos avanços da tecnologia de informação que se está a experimentar nestes tempos de geração *internet*.

¹⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo assim ponderam a necessidade de intervenção do Estado na Economia, exatamente para coibir eventuais abusos. In *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, pág. 182.

¹¹HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Londres: Polity Press, 1996^a. ____ *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1996b.

¹²*Idem*.

1.1.1 Um Estado de Direito não intervencionista como resultado da convergência dos Sistemas Econômicos

De um lado, a eficiência produtiva foi alcançada mundialmente, priorizando-se a redução dos custos, bem como a redução dos riscos dos investimentos, aproximando as economias de várias partes do globo como espaços de desregulamentação; de outro, houve em países - de imensas desigualdades sociais - centralidade do consumo sem distribuição de renda, instabilidade das relações de trabalho e consequente incremento do desemprego. Tal quadro demonstrou o paradoxo de uma economia globalizada, que, em perspectiva, deveria, em qualquer lugar do planeta, aumentar o usufruir de bens e serviços, porém, em economias emergentes, o que se percebeu foi a redução da renda dos trabalhadores, que não conseguiram alcançar o padrão de consumo de países de economias estáveis (o que ocorreria com a renovação de hábitos de consumo, exteriorizados, por exemplo, pela aquisição de produtos novos e a substituição dos “obsoletos”).

A consequência mais grave, entretanto, será a constatação de que a qualidade de vida de grande parte da população ultimará reduzida. Num círculo vicioso, a recessão poderá obrigar os trabalhadores a reduzir o consumo de produtos tradicionais (e que eram alcançados com a renda não alterada apesar da recessão).¹³ Mário Lúcio Quintão Soares sintetiza o que denominou de “fábula da multiplicação de objetos e serviços,” nas seguintes palavras:

A globalização em si pode ser considerada um retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado constitucional, gerando, em vez de abundância e riqueza, autêntica fábrica de perversidades.¹⁴

Em que pese a sobriedade da leitura que Mário Lúcio Quintão Soares faz dos efeitos da globalização, tendo em vista a realidade de economias próximas – como a do Brasil – é importante pontuar que, na contemporaneidade, inegável o protagonismo das economias neoliberais (e com isso o encampar do capitalismo como sistema de produção hegemônico). Porém, tecnicamente, perceptíveis gradações do capitalismo e também a coexistência de cinco diferentes formas de organização econômica, que ora se enumera: Capitalismo Liberal, Socialismo Tradicional, Capitalismo Nacional, Capitalismo Social, Socialismo Liberalizante.

¹³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, pág. 363.

¹⁴ *Idem*.

Este rol se desmembrou da dualidade histórica dos sistemas econômicos: capitalismo *versus* socialismo.¹⁵

Assim, tem-se no Capitalismo Tradicional o modelo econômico em que se perceberia a ausência do Estado na atividade econômica, modelo hoje ultrapassado e em vias de extinção. De igual modo, também não integrado à economia mundial, com tendência ao desaparecimento, há o Socialismo Tradicional que se revela pela participação do Estado na Economia em caráter permanente, pois tal sistema se associa à inexistência da iniciativa privada. A distanciar-se dos extremos, tem-se o Capitalismo Nacional, suscetível à intervenção do Estado na Economia, em caráter temporário e suplementar à atividade privada. No Capitalismo Social, o Estado se apresenta, de forma preponderante como regulador e fiscalizador, características que também se encontram presentes no denominado Socialismo Liberalizante, salientando-se, neste último caso, como dessemelhança estrutural, o fato de que, para algumas atividades de impacto social, como por exemplo, saúde e educação, o Estado as monopoliza, realizando-as, exclusivamente, como atividades público-estatais.

Reis Friede¹⁶ ensina-nos através de uma retrospectiva dos sistemas econômicos atuais que, em vez de pura imposição, o Capitalismo Social (e a ideologia da *global governance* que o fundamenta) se demonstra uma tendência positiva. Na década de 30 do século XX, o mundo se viu diante da falência do denominado capitalismo liberal. Em razão disso, as economias mundiais trilharam caminhos diferentes.

Neste contexto, os Estados Unidos e a Inglaterra, dentre outros países, desenvolveram o denominado capitalismo social. Outras nações, na perspectiva de fortalecimento do mercado interno, implantaram o capitalismo nacional, sendo exemplos Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil. Outras, ainda, optaram pelo socialismo tradicional (URSS e Mongólia). Por um tempo, apesar da segunda guerra mundial, o socialismo puro se manteve, mas na década de 70 do século XX apresentou sinais de estagnação, quando países como URSS e China iniciaram um processo de migração para o denominado socialismo liberalizante. Na contemporaneidade, com a fragmentação do bloco dito comunista liderado pela URSS, em 1989, tem-se percebido a tendência a uma forma aperfeiçoada de capitalismo social (inaugurado em 1930), em que o Estado tem um papel ativo na Economia, sem que isso signifique participação direta ou centralização (característica do socialismo tradicional) ou

¹⁵ FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, pág. 367.

¹⁶ *Idem*.

intervenção (caso do capitalismo nacional). O Estado que encampou o capitalismo social prima pela regulação e fiscalização da atividade privada, opondo-se à passividade de Estados que antes se pautavam pelo capitalismo liberal puro e à restrição ou exclusividade daqueles Estados que se guiam pelo Socialismo Liberalizante, os quais admitem a existência da iniciativa privada, desde que resguardados alguns monopólios para o ente estatal.

Global Governance no sentido de conjunto básico de medidas, prospectivamente, hábeis a debelar a crise financeira das economias periféricas, em 1989, por recomendação do Banco Mundial e outras instituições financeiras sediadas em Washington. Resumidamente, elegeu-se um decálogo de possíveis instrumentos de estabilização econômica, a saber: Disciplina Fiscal, Redução dos Gastos Públicos, Reforma Tributária, Juros de Mercado, Câmbio de Mercado, Abertura Comercial, Investimento Estrangeiro Direto (com eliminação de restrições), Privatização das Estatais, Desregulamentação (flexibilização das leis econômicas e trabalhistas) e respeito ao Direito de Propriedade Intelectual. Popularizou-se, em razão do domicílio das instituições financeiras, a locução “Consenso de Whashington”. Tal locução, para alguns, soa, na atualidade, como sinônimo de “neoliberalismo” ou “globalização”. O economista norte-americano John Wiliamson, a quem se imputa a paternidade da expressão, defendeu-a como conjunto de recomendações, sem que isso tenha significado fossilizar ou petrificar eventual política de ajuste econômico ou, ainda, justificar eventual excesso neoliberal.¹⁷ Eis a síntese de seu pensamento numa tradução livre:

Claro que eu nunca tive a intenção que meu termo fosse usado para justificar liberalizações de contas de capital externo ... monetarismo, na economia do lado da oferta, ou um Estado mínimo - minarquia (que tira do Estado a função de prover bem-estar social e distribuição de renda), que entendo serem a quintessência do pensamento neoliberal.¹⁸

Uma conclusão parcial se apresenta possível: a desregulamentação paulatina da economia e o abandono de eventual intervenção estatal direta no mercado interno (como dogmas da chamada globalização) não se opõem ou contrastam com um intervencionismo estatal indireto, de índole preponderantemente normatizadora e fiscalizadora, e que sinaliza para a convergência dos sistemas econômicos de vanguarda (Capitalismo Social e Socialismo

¹⁷Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Consenso_de_Washington. Acesso em 15/04/2013, às 8:00.

¹⁸WILLIAMSON, John. “*Did the Washington Consensus Fail?*” Outline of Remarks at CSIS. Washington DC: Institute for International Economics, November 6, 2002. No original: “I of course never intended my term to imply policies like capital account liberalization...monetarism, supply-side economics, or a minimal state (getting the state out of welfare provision and income redistribution), which I think of as the quintessentially neoliberal ideas.”

Liberalizante). A sociedade civil organizada, em geral, e os empresários e as sociedades empresárias, em particular, correspondem aos protagonistas do desenvolvimento econômico e social, pois se legitimam como focos de representatividade adequada numa pós-modernidade, notadamente caracterizada pela fragmentação, multipolarização, multiorganização e descentralização da organização política estatal. Logo, a par dos órgãos estatais, pulverizam-se entes coletivos que se vinculam à iniciativa privada e à sociedade civil, sendo exemplos os organismos de classes profissionais e patronais, associações e ONGs, dentre outros movimentos sociais, aptos como agentes econômicos a dar legitimidade e voz a seus representados.¹⁹

Portanto e, sobretudo, em relação ao meio empresarial, o que se está a defender é a desnecessidade de que o Estado venha a intervir diretamente na Economia, especialmente através de eventual legislação que desvirtue ou impeça outros canais de diálogo entre empreendedores e consumidores, inclusive impondo a judicialização dos conflitos como primeira opção ou regra geral, e isso em virtude de uma legislação excessivamente protecionista e que poderá, ainda que equivocadamente, conduzir à percepção de que os custos sociais²⁰ de uma lide sejam menos onerosos do que os estimados em relação a um possível acordo; pois bem, preferível a uma legislação que enrijeça o sistema econômico (prematuramente, por isso, a reclamar sua flexibilização), outros meios de regulação das relações econômicas como contratos, mediações e negociações, os quais ultimam por materializar hipóteses do que José Joaquim Gomes Canotilho denominou de “reserva normativa da sociedade civil”.²¹

¹⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., pág. 362.

²⁰ Os custos sociais de uma demanda judicial serão pormenorizados na análise econômica do processo judicial, capítulo III da presente dissertação, tendo em vista que o tema central do presente trabalho se relaciona à crítica das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, alcançáveis apenas através da judicialização.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 6. ed., 1996.

1.1.2 O poder de articulação da Sociedade Civil Organizada e o conceito de “Social Capital” a referendar a necessidade de desregulamentação da Economia

Trata-se também de reconhecer a capacidade de articulação da sociedade civil, destacando-se, pontualmente, a responsabilidade social dos empreendedores, eis que num contexto de desigualdades econômicas e sociais, escassez de postos de trabalho e de desconfiança nas instituições públicas, erige-se como esperança de melhoria das condições da qualidade de vida da população uma rede de apoio não governamental. A este potencial de superação, os cientistas políticos denominam de “capital social”²². O termo “capital social” que contextualizou e mensurou a política de investimentos de organismos supranacionais. A propósito, salienta Silene de Moraes Freitas:

Nos discursos do BID e do Banco Mundial, o apelo ao capital social surge num contexto das estratégias de desenvolvimento autossustentável e parece aludir à dimensão institucional e cultural (leis, normas, costumes) e a trama organizacional (rede de associações voluntárias, interações geradoras de confiança etc.), ou seja, as práticas que aludem à ideia de sociedade civil.²³

Pela análise das publicações veiculadas pelo Banco Mundial percebe-se que o conceito de capital social agrega intercâmbio de esforços a integrar ações desenvolvidas no âmbito econômico, político e social, com vistas a dinamizar e potencializar as políticas de inclusão dos menos abastados, ainda que isso signifique certo distanciamento do poder público, para que a sociedade civil encontre caminhos de superação de suas mazelas. Em vez de mero assistencialismo ou da dependência econômica de programas governamentais insatisfatórios, o fomento de projetos autossustentáveis. Neste sentido, de acordo com as estratégias do Banco Mundial, para fortalecer e engajar as entidades que compõem a sociedade civil

²² O próprio Banco Mundial, resumidamente, explica o conceito Capital Social: “Social capital refers to the institutions, relationships, and norms that shape the quality and quantity of a society's social interactions. Increasing evidence shows that social cohesion is critical for societies to prosper economically and for development to be sustainable. Social capital is not just the sum of the institutions which underpin a society – it is the glue that holds them together.” Tradução livre: “O capital social refere-se às instituições, relações e normas que conformam a qualidade e a quantidade das interações sociais de uma sociedade. Evidência crescente de que a coesão social é fundamental para que as sociedades prosperem economicamente e para que o desenvolvimento seja sustentável. Capital social não é apenas a soma das instituições que sustentam uma sociedade - é a sinergia que as une. Disponível em <http://www.worldbank.org/pt/country/brazil>. Acesso em 15/04/2013, às 16:00.

²³ FREITAS, Silene de Moraes. *Movimentos Sociais e Expressões Políticas da Sociedade Civil*. In: Ferreira, Lier Pires (org.). Curso de Teoria Geral do Estado, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pág. 335.

organizada, propositadamente, não se conclamará, de início, a participação governamental. A perspectiva é que, proporcionalmente, as demandas antes fragmentadas se convertam em demandas qualificadas e que isso provoque uma gestão pública eficaz.

A sociedade civil, assim, remodelou e aperfeiçou a ideia de coordenação social, ao articular-se com o mercado e com o Estado. Se o relevante são políticas públicas de qualidade, são estrategicamente importantes canais institucionais de negociação entre atores coletivos e órgãos estatais, para que restem fortalecidos os mecanismos de monitoramento e controle social. Embora os eventuais aportes do Banco Mundial coincidam com projetos para a Sociedade Civil é preciso que tais projetos não se descuidem da racionalidade e eficiência do mercado, pois se percebe que referida instituição pauta sua agenda por uma lógica, preponderantemente, econômica, mesmo que tendente à despolitização. Tal estratégia visa ao fortalecimento da sociedade civil e se baseia na crença de que a sociedade civil melhor aparelhada poderá exigir mais do governo, o que reflexamente deverá melhorar a gestão do Estado.²⁴

Após os breves apontamentos acima, diante da visceral presença das pessoas jurídicas na vida de todos, do lugar de destaque que ocupam nos variados setores da sociedade, da importância dos bens e serviços que, pontualmente, correspondem às necessidades do cotidiano, curial um sistema econômico que lhes proteja a autonomia, pois a proteção de tal norma-princípio projetará uma sociedade civil mais atuante, participativa, economicamente protagonista e capaz de promover justiça social.

A pessoa jurídica é, pelas razões do parágrafo anterior, inegável instrumento de promoção social, difusora natural de cultura e hábil à geração e distribuição da riqueza. Para tanto, a autonomia da pessoa jurídica deve ser potencializada como uma conquista dos tempos atuais, nos quais a abstração jurídica permitiu que a soma das pessoas ou de bens pudesse formar um ente fictício para capitanear o interesse de grupos, dos mais variados. Porém, se especificamente o interesse corresponder ao lucro, eis aí a sociedade, pessoa jurídica de fins lucrativos, distinta dos membros que a compõem.

O incentivo à atividade econômica em um grupo societário impõe dois desafios: a) a indispensável necessidade de limitação da responsabilidade individual dos sócios; e, b) o

²⁴ CASABURI, Gabriel; RIGGIROZZI, Maria Pia; TUOZZO, Maria Fernanda. *BMDs-sociedad civil: Luces y sombras de una nueva relación*. In: TUSSIE, Diana (compiladora). *Luces y sombras de una nueva relación*. El BID, el BM y la Sociedad Civil. Argentina: Grupo Editorial, Flacso, 2000. Fonte: http://200.123.184.98/uploaded_files/Publicaciones/conclusionesfinales.pdf. Acesso em 15/04/2013, às 20:00.

convencimento à assunção de riscos em um quadro de administração exclusiva, muitas vezes, por apenas um dos membros da sociedade.

Frente às novas perspectivas legais e jurisprudenciais relativas à possibilidade de desconsideração da autonomia da pessoa jurídica, permitindo-se que as pessoas que constituem a sociedade empresarial (pessoa jurídica de direito privado com finalidade lucrativa, conforme apontamentos no desenvolver deste capítulo) também possam ser oneradas individualmente por dívidas dela, torna-se necessária a abordagem estrutural do tema, principalmente para investigar se a criação de hipóteses objetivas de aplicação do instituto e o proliferar atual da legalização da desconsideração da personalidade jurídica trazem mais benefícios ou malefícios ao operador do direito e aos destinatários da norma.

Sobretudo, sob a ótica da análise econômica do direito, de se investigar se é a desconsideração eficiente ou ineficiente; se impõe custos de transação que impedem a barganha e a autocomposição; ou se configura externalidade que propõe custos proporcionais ou compensáveis com seus benefícios. Estes alguns dos desafios que serão discutidos no decorrer deste trabalho.

1.2 A personificação como proteção e limite de responsabilidade das pessoas jurídicas (o debate entre ficcionistas e realistas)

Uma revisão bibliográfica acerca do reconhecimento da personificação dos entes coletivos permite identificar entre as teorias conflitantes dois grupos hegemônicos: teorias negativistas e teorias afirmativistas. No primeiro rol – das teorias negativistas – a argumentação se construiu de forma a não reconhecer as pessoas morais como sujeitos de direito; percebe-se, por seus defensores, uma preocupação exagerada com o patrimônio constituído para a consecução do objeto social, pois para os adeptos de tal grupo de teorias, o cerne da associação se reduziria a um conjunto de bens a proporcionar um fim específico, com repercussão estritamente no âmbito dos seus fundadores, razão pela qual destituída a associação de personalidade. Ou, ainda, em vez do ente coletivo como pessoa autônoma, mais uma vez, mero conjunto de bens em copropriedade.²⁵

Como expoente do grupo dos negativistas, refutando a existência material da pessoa jurídica, tem-se Rudolf Von Ihering (1818-1892), para quem a pessoa moral seria mera projeção das prerrogativas e interesses de pessoas naturais reunidas. Mera aparência, destituída de personalidade própria, porque estaria apta a beneficiar somente aqueles que a conceberam, eis que, essencialmente, criada com tal finalidade. Teoria de certa forma egoística e que foi batizada pela doutrina de individualista e que não explicaria a natureza das organizações beneficentes, pois os eventuais resultados financeiros positivos não se incorporariam ao patrimônio particular de seus criadores. Tal crítica Ihering contornou ao afirmar que o ente coletivo ultimaria por beneficiar sujeitos de direito indeterminados, em favor dos quais foi pensado e constituído o ente coletivo, como, por exemplo, pobres, enfermos, viúvas e órfãos.²⁶

Entre nós, Clóvis Beviláqua (1859-1944), ainda que partidário das ideias de Ihering - e aproveitando-se da explicação dada em relação aos sujeitos de direito indeterminados – apresentou como ressalva o raciocínio de que, no caso de uma fundação, para defesa de seus direitos, na verdade de beneficiários potenciais (pobres e órfãos, por hipótese), uma vez reconhecido o direito de ação, naturalmente deveria tal prerrogativa decorrer da

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2007, pág. 184.

²⁶ NADER, Paulo rememora a referida objeção, op. cit., pág. 238.

personalização. Pareceu-lhe, ainda, contraditório cogitar da legitimidade passiva *ad causam* em relação aos administradores da fundação, que ultimariam por representar o ente coletivo, carecendo, portanto, de direitos próprios a serem defendidos. Logo, a objeção em si apontava um caminho de solução: o reconhecimento da personalidade ao ente coletivo.²⁷

Além de Rudolf Von Ihering (1818-1892), August Immanuel Bekker (1785-1871), Alois Von Brinz (1820-1887), Marcel Planiol (1855-1912), e León Duguit (1859-1928) são lembrados como expoentes do grupo dos negativistas, isto é, daqueles que se opuseram a personificação dos entes coletivos²⁸. De se ver que, aqui, propositadamente, fez-se questão de indicar o tempo dos referidos juristas, o qual coincide com o momento econômico de um mundo que refletia uma sociedade essencialmente patrimonialista, mas não massificada, de um capitalismo ainda emergente e que correspondeu à ideologia do denominado Estado mínimo ou Estado Liberal Puro, longe, portanto, da realidade atual, em que à pessoa jurídica em geral, e à sociedade empresária, em particular, imputa-se responsabilidade social, porque em torno da atividade desenvolvida gravitam interesses não só daqueles que desenvolvem o empreendimento, mas também daqueles a quem empregam, dos fornecedores (seus parceiros empresariais), dos consumidores e do Estado-fisco e, de igual forma, das entidades beneficentes, para as quais venham a contribuir ou mesmo daquelas fundações que vierem a criar.

Mais do que o reconhecimento de sua autonomia jurídica - a personificação legal -, naquilo que for possível, como no (direito brasileiro), a pessoa jurídica reclama equiparação de direitos em relação à pessoa natural, naquilo pertinente a sua reputação, bom nome, solidez, confiabilidade, dentre outros fatores, como que a preservar o mesmo nicho de direitos que se aninham na pessoa natural em si, direitos denominados direitos da personalidade, nos termos do art. 11 *usque* 21 c/c art. 52, todos do CC atual.²⁹

Entretanto, antes da equiparação legal efetuada pelo CC, tornando possível o reconhecimento dos direitos de personalidade à pessoa jurídica, percorreu-se um longo caminho, sendo de todo recomendável, ainda que de forma sucinta, trazer à baila as teorias que buscaram justificar a personalização dos entes coletivos, isto é, as teorias afirmativistas. Nesse contexto, Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861) destacou-se entre os afirmativistas,

²⁷ NADER, Paulo, op. cit., pág. 238

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *loc. cit.*

²⁹ A jurisprudência federal consolidada através do enunciado da Súmula 227 do STJ, antes mesmo da vigência do atual Código Civil, sinalizava para tal entendimento: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

capitaneou a denominada teoria da ficção legal, argumentando que sendo o ser humano, naturalmente, um feixe de direitos e obrigações, somente por ficção do direito positivo – restrito à lei – é que se poderia, por um raciocínio de aproximação das categorias, também reconhecer o ente coletivo (conjunto de pessoas ou de bens) como ente autônomo, sujeito de eventual relação jurídica ou titular de direitos subjetivos.

Constrói-se no mundo do dever ser, no mundo ideal, um conceito (uma ficção jurídica) capaz de justificar a atribuição de direitos a um grupo de pessoas físicas.³⁰ Dentre os doutrinadores brasileiros, Orlando Gomes defendeu a pessoa jurídica como ficção legal, ainda que a salientar que se tratava de uma necessidade, pois a se apoiar na realidade social. Reconhecer a personalidade ao agrupamento de indivíduos corresponderia a um processo técnico de ficção, pois o grupo espelharia um indivíduo em seus direitos e obrigações, e, de tal aproximação, a conclusão de que a personalização seria uma ficção.³¹

Uma variante da teoria da ficção legal corresponde à teoria da ficção doutrinária, para a qual o conceito de pessoa jurídica traduz o que pensou e projetou o gênio humano, ato de inteligência e, portanto, construção doutrinária para acomodar a realidade às necessidades de alguns grupos. A crítica que se faz hoje às teorias da ficção é de que seria um contrassenso argumentar-se que a pessoa jurídica corresponde à mera ficção, com apoio na lei, pois o Estado - como pessoa jurídica, como entidade predominantemente produtora das normas jurídicas e da lei, e que reconhece a existência dos entes coletivos – também deveria ser considerado uma ficção. Em arremate, “dizer-se que o Estado é uma ficção legal ou doutrinária é o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é.”³²

Em reação às teorias ficcionais, surgiram as teorias da realidade, que se concentram na constatação de que os entes coletivos são “organismos vivos”, perceptíveis no cotidiano, com necessidades próprias e que, por isso, merecem ser considerados sujeitos de direitos e não simples abstração.

Dentre as teorias da realidade, destacou-se a denominada teoria da realidade objetiva ou orgânica, desenvolvida por Oton Von Gierke (1841-1921), que acentua a pessoa jurídica como resultado das pressões sociais, como fenômeno ou realidade sociológica, apta a realizar empreitadas coletivas, inclusive com vontade própria distinta das vontades das pessoas

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2008, pág. 184.

³¹ GOMES, Orlando citado por Paulo Nader, op. cit., pág. 236.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto, loc. cit..

naturais que a organizaram e vontade revelada pelos órgãos de decisão ou administração da pessoa jurídica. Particularmente, em relação a esta última observação residiria, para alguns (destacando-se o pensamento de Maria Helena Diniz), a dificuldade de aceitação desta teoria, pois a vontade da pessoa jurídica corresponderia a uma ficção, tendo em vista sua inaptidão para traduzir elemento psicológico próprio das pessoas naturais, qual seja, a vontade humana, conceito, por isso, avesso ou não condizente com o ente coletivo.³³

Entretanto, é preciso que se entenda que a vontade da pessoa jurídica não é mesmo psicológica e sim funcional, pois inerente e resultante da plurissubjetividade – entendida como convergência de vontades seja através da unanimidade, seja através da maioria ou de outro quorum qualificado -. É o que se percebe, por exemplo, em relação às sociedades de responsabilidade limitada, no Brasil, tendo em vista a necessidade de observância de quorum diferenciado para as deliberações sociais, nos termos do art. 1076, do CC. A aproximação da vontade da pessoa natural com a vontade da pessoa jurídica de analogia se trata e não de equiparação perfeita, razão porque o voluntarismo não pode ser alçado a obstáculo intransponível.

Essa vontade construída pelo ente coletivo depende da necessária conjugação de vontades dos administradores, associados ou sócios de determinado ente coletivo antes mesmo da formalização do empreendimento e tem sintonia com a teoria da instituição formulada por Maurice Hauriou (1856-1929). Para este autor, a personificação seria a etapa culminante de um processo natural. Identificava como característica essencial dos entes coletivos a ideia da obra a ser realizada. Deveria ser investigado então o propósito principal do ente coletivo. Detectando-se o lucro, a filantropia ou a associação política para a consecução do interesse público, possível precisar-se o ente coletivo que se buscou constituir.

A sociedade empresária tem como objetivo primeiro o lucro; uma instituição de caridade, a assistência aos necessitados; o Estado - como nação politicamente organizada - deveria ter como finalidade e desafio a promoção do bem comum. Portanto, a consciência do projeto comum alinha as vontades subjetivas e conforma e constrói a convergência, a plurissubjetividade funcional. Interioriza-se o propósito comum e organizam-se materialmente para alcançá-lo (com a aquisição de bens a título de exemplo), mas também com a possibilidade de se criarem ou se estabelecerem normas próprias de acordo com a referida

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 25. ed., 2008, pág. 233.

plurissubjetividade, a significar uma espécie de ordenamento interno (contido nos estatutos ou contratos sociais) – a vida interior da instituição³⁴–.

Assim, depois de implementada a organização, perceber-se-ão, paulatinamente, as relações que se irão estabelecer entre a instituição (sujeito de direito) e outros sujeitos de direito através de negócios jurídicos ou deveres decorrentes da lei, o que irá destacar a vida exterior do ente coletivo³⁵. Além disso, em caso de conflitos de interesses, destaca-se a capacidade do ente coletivo para defesa de suas pretensões em Juízo, o que, inegavelmente, o qualifica como sujeito de direito autônomo, real, ser distinto das pessoas que o administrem ou que o componham como membros, associados ou sócios.³⁶

Francisco Amaral, ao tecer comentários sobre a teoria organicista, entende que tal teoria acabaria por amesquinhar a importância do Estado, reduzindo-o a mero “conhecedor de realidades já existentes, desprovido de maior poder criador”.³⁷

³⁴ O art. 997, *caput*, do CC, permite inferir a liberdade dos sócios das sociedades empresárias contratuais na formulação de suas normas internas, ainda haja, concomitantemente, a obrigação de previsão das cláusulas mínimas impostas pela própria lei: “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que além das cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará (...)”. Destaque nosso.

³⁵ RÁO, Vicente explicita seu pensamento: “Ao exercer essa atividade exterior, a coletividade age como pessoa jurídica, pois tal personalidade já possuía na ordem interna; e, assim, a personalidade jurídica das coletividades e das fundações é uma realidade. É nesse sentido que Hauriou (...) sustenta que a instituição, quando alcança certo grau de concentração e de organização, torna-se automaticamente pessoa jurídica. Considerada sob o aspecto de sua vida interna, a pessoa jurídica cria um ordenamento jurídico próprio, estatutário, subordinado, embora, ao ordenamento jurídico geral. In: *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 1997, pág. 740/741.

³⁶ O CPC, em seu art. 12, inc. VII consubstancia tal entendimento: “Art. 12. Serão representados, ativa e passivamente: (...) VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens (...)”. A representação de alguém em Juízo pressupõe a defesa de direito alheio, alguém a representar e, no caso, o representado será o ente coletivo. Logo, a sociedade em comum de sujeito de direito se trata, por não se confundir com a pessoa de seu representante.

³⁷ AMARAL, Francisco citado por Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., pág. 185.

1.3 A Teoria da Realidade Técnica e sua aproximação com a Teoria da Empresa

É possível eleger como caminho do meio, a atrair elementos tanto da teoria ficcionista, quanto da teoria orgânica, a elaboração da teoria da realidade técnica ou jurídica, da qual são expoentes Raymond Saleilles (1855-1912), François Geny (1861-1959) e Leon Michoud (1855-1916)³⁸, dentre outros. Por tal perspectiva, o Estado – ou mais tecnicamente – as atividades estatais seriam as fontes das normas jurídicas, inclusive com primazia nos sistemas – como o nosso – que tem a lei em sentido amplo como primeira fonte. E, por isso, tal teoria recupera a centralidade do Estado como produtor das normas jurídicas, apto a coibir abusos de determinados entes coletivos, ainda que presentes no mundo real, no cotidiano, reconhecendo-os como pessoas jurídicas desde que mereçam a proteção estatal, por corresponderem a entes coletivos com fins lícitos.

No caso brasileiro, com a constitucionalização do direito privado, em que regra geral, percebe-se como livre o direito de associação³⁹, ao mesmo tempo percebe-se tal norma como de eficácia contida, isto é, não se trata de direito absoluto, pois a ser temperado infraconstitucionalmente, nos termos da lei, portanto.

Luiz Amaral, ao tecer comentários sobre a teoria da realidade técnica, argumenta que determinados fatos da vida necessitam de solução a ser alcançada em ramo específico da ciência. Seria contraproducente e incoerente, por exemplo, explicar e apontar o enfrentamento de uma arritmia cardíaca sem os conhecimentos e experiência proporcionados pela ciência médica, mais especificamente, a Cardiologia. De modo similar, a realidade que reconhece direitos e estabelece deveres em relação aos entes coletivos não é coincidente com a realidade estritamente física, material, mas sim uma realidade que depende da lógica, da realidade

³⁸Citados por GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., pág. 186.

³⁹ O art. 5º, da CF permite tal inferência: “Art. 5º. (omissis) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”.

formal⁴⁰ ou técnico-jurídica, portanto. E essa lógica deve ser necessariamente traduzida e construída pela ciência jurídica, seja através da inovação do ordenamento, seja pela aplicação do direito aos casos concretos.⁴¹

Silvio Rodrigues entende que, apesar das várias teorias a respeito da personificação dos entes coletivos, cada qual, a seu modo, conseguiu alcançar e explicar parcialmente o fenômeno, de modo que não faz sentido apontar os acertos ou desacertos dessa ou daquela teoria. Defende que a teoria que mais se aproxima do nosso direito positivo vigente, pela

⁴⁰ AMARAL, Luiz Otávio Oliveira. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2006, pág 285.

⁴¹ Por exemplo, no caso do Brasil, que se prepara para eventos esportivos de projeção mundial, tem-se a Lei 10671/2003 – o Estatuto do Torcedor – que diante das torcidas organizadas – uma realidade às vezes incômoda – mereceu atualização pela Lei 12299/2010, para prevenção da violência nos estádios. Interessante que o conceito de torcida organizada independe da formalização da associação, nos termos do art. 2º - A, do Estatuto do Torcedor: “Considera-se torcida organizada, para os efeitos desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado ou existente de fato, que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade.” A banalização da violência e suas expressões na pós-modernidade tem definição legal em relação às torcidas organizadas e sanção correlata: “Art. 39-A. A torcida organizada que, em evento esportivo, promover tumulto; praticar ou incitar a violência; ou invadir local restrito aos competidores, árbitros, fiscais, dirigentes, organizadores ou jornalistas será impedida, assim como seus associados ou membros, de comparecer a eventos esportivos pelo prazo de até 3 (três) anos. “Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento.” A prevenção criada pela lei, entretanto, não tem sido capaz de evitar episódios de selvageria dentro e fora dos Estádios e, assim, tem sido frequentes as decisões judiciais que tem contextualizado e aplicado a lei com rigor. A título de exemplo, diante de verdadeiro quadro de guerra civil instaurado durante os jogos dos principais times de futebol de Goiás, em fevereiro deste ano, o Juiz Eduardo Tavares dos Reis (da 14ª. Vara Cível e Ambiental da Comarca de Goiânia), em ação civil pública (201300500390) manejada pelo Ministério Público, proibiu, por tempo indeterminado, a ação de torcidas organizadas no Estado, como se lê do trecho da parte dispositiva da decisão: “a) a *imediata suspensão parcial das atividades das torcidas organizadas FORÇA JOVEM GOIÁS, TORCIDA ESQUADRÃO VILANOVENSE e TORCIDA DRAGÕES ATLETICANOS* ficando estas impedidas de desempenharem suas atividades fins por período indeterminado enquanto durar o trâmite da presente ação, a partir do deferimento da liminar, bem como ficando expressamente proibido, por consequência, o uso de vestimentas, faixas, cartazes, bandeiras, instrumentos musicais ou a articulação de qualquer outro meio que possa identificá-las como torcida organizada em estádios de futebol (por seus membros ou não) ou em reuniões organizadas por seus membros no referido período, até mesmo a combinação de adereços, cores ou artifícios que remetam à atividade de torcida organizada, sob pena de proibição de entrada no estágio em que será realizada a partida de futebol, bem como a apreensão e perda do material utilizado. b) determino que seja igualmente proibida nesta Capital, por período indeterminado enquanto durar o trâmite da presente ação, a prática de qualquer atividade de torcida organizada, vinculada a clubes de outros Estados, nos dias de jogos de competição nacional, assim como o acesso de torcedor ao Estádio Serra Dourada, com bandeiras, indumentárias ou instrumentos musicais que o caracterize como integrante de torcida.> Aces organizada.” Fonte: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MII72848,81042-torcidas+organizadas+de+GO+tem+atividades+suspensao> em 20/04/2013, às 14:00.

interpretação do art. 45, do CC, é a da realidade técnica, pois a personificação e os direitos de proteção dela decorrentes exigem, regra geral, o registro do ente coletivo e figuram na lei.⁴²

Na atualidade, de um mundo de aproximação dos mercados, e também de convergência dos ordenamentos jurídicos, no âmbito do MERCOSUL, que aqui se destaca por envolver o Brasil, os Códigos Civis de Argentina, Paraguai e Uruguai também parecem ter encampado a teoria da realidade técnica. A leitura sequencial de tais ordenamentos permitirá tal conclusão.^{43 44 45 46}

A teoria da realidade técnica, apesar de eventuais críticas - engendradas por se entremear em críticas ao direito positivo -, realmente, é a teoria que pode proporcionar segurança jurídica aos que se propõem a formalização dos entes coletivos, tendo em vista os efeitos dela decorrentes, destacando-se como regra a incomunicabilidade de direitos e obrigações entre a pessoa jurídica e os administradores, associados ou sócios.⁴⁷

⁴² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 34. ed., 2005, pág. 89.

⁴³ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro. (CC)

Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20/04/2013, às 14:00.

⁴⁴ Art. 45. Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etcétera., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el Gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa. Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad. (*Párrafo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1º de julio de 1968.*) (Código Civil Argentino)

Fonte: http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_30_50.html. Acesso em 20/04/2013, às 14:00.

⁴⁵ 21. Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública. (Código Civil Uruguio)

Fonte: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/CodigoCivil/2002/L1t1.htm>>. Acesso em 20/04/2013, às 14:30.

⁴⁶ Art.93.- Comenzará la existencia de las personas jurídicas previstas en los incisos e), f) h) e i) del artículo 91, desde que su funcionamiento haya sido autorizado por la ley, o por el Poder Ejecutivo. Las decisiones administrativas que hagan o no lugar al reconocimiento podrán ser recurridas judicialmente. Art.94.- Las personas jurídicas son sujetos de derecho distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes. (Código Civil Paraguiao)

Fonte: <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf>. Acesso em 20/04/2013, às 15:00.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., pág. 186.

Especificamente em relação aos empresários e sociedades empresárias, de se destacar que a atividade desenvolvida poderá ser analisada sob vários ângulos, como que a revelar as faces regulares de um poliedro. Trata-se de enxergar a atividade empresarial em bloco, delimitando suas faces apenas para fins didáticos. Interessa hoje não só proteger e incentivar os vocacionados à atividade empresarial, que concentram o *aspecto subjetivo* do fenômeno empresa, mas também o conjunto de bens hábeis ao desenvolvimento da atividade (sejam materiais ou imateriais) – *aspecto objetivo ou patrimonial* –, destacando-se ainda a ótica *corporativa*, que percebe no fenômeno o potencial de instituição a agregar esforços dos dirigentes da atividade e de seus colaboradores, sejam eles subordinados (trabalhadores, empregados), sejam independentes (auxiliares técnicos e parceiros empresariais), e, ainda, o perfil *funcional* que apresenta a atividade como fonte propulsora de movimentação de riqueza e renda.⁴⁸ Em linhas gerais, esse entendimento corresponde à denominada teoria da empresa, que apesar de construída no auge da ideologia fascista, conseguiu sustentar-se até os dias atuais, exatamente por seu caráter eclético, permitindo perceber a atividade empresarial como direito difuso, em torno do qual gravitam interesses de vários setores da sociedade.

Marlon Tomazette - apesar de advertir que a teoria da empresa encontra-se superada, destacando exatamente a ausência de técnica em relação ao perfil corporativo (que somente se sustentou diante da ideologia fascista que influenciou o Código Italiano de 1942) – reconhece os méritos do fracionamento do fenômeno empresarial nos demais perfis, quais sejam “a empresa, o empresário e o estabelecimento”.⁴⁹

Fábio Ulhôa Coelho salienta que a teoria da empresa corresponde ao marco último da evolução do direito comercial, distante das noções incompletas de um direito exclusivo dos comerciantes ou mesmo das amarras da teoria dos atos de comércio. Assim, apesar de subsidiar uma ideologia política hoje ultrapassada, a teoria da empresa desvencilhou-se de tal ideologia, sobreviveu à redemocratização da própria Itália, servindo de inspiração para as inovações legislativas de outros países, como a Espanha, em 1989, e o Brasil, em 2002.⁵⁰

Tecnicamente, defende-se que a empresa seja designação a indicar fato jurídico que se identifica com o aspecto funcional da atividade negocial, hábil a fomentar a produção e

⁴⁸ Nesse sentido, REQUIÃO, Rubens explica a teoria da empresa, teoria elaborada por Asquini. In *Direito Comercial*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 30. ed., 2011, pág. 81.

⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*, v. 1, São Paulo: Atlas, 5. ed., pág. 38.

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 14. ed., 2003, pág. 8-11.

circulação dos bens e serviços tão comuns e tão necessários a todos nós. Não seria recomendável, portanto, utilizar-se o vocábulo empresa como sinônimo de sujeito de direito, pois para tanto há, no caso brasileiro, os conceitos de empresário e sociedade empresária, nem também como objeto de direito, pois também há designativo específico a denominar o conjunto de bens que se fazem presentes na atividade empresarial e que se integram no conceito de estabelecimento. Por outro lado, o próprio legislador, apesar de dar ênfase ao perfil funcional, que se extrai da ideia de atividade organizada para produção ou circulação de bens e serviços, a exemplo do que se lê no art. 966, do CC, em outros livros, refere-se à empresa como sujeito de direito, como, a título de ilustração, infere-se da leitura do art. 931, do CC, ao tratar de responsabilidade civil.⁵¹

Apesar do dissenso doutrinário, parece presente no direito empresarial pátrio a força da teoria da empresa, sendo que o próprio CC, ao delimitar as normas do denominado Direito de Empresa esmiúça os vários perfis da teoria de Asquini, como se lê no art. 966, em que se percebem os perfis funcional e subjetivo, ao conceituar empresário; art. 1142, o perfil objetivo, ao tratar do estabelecimento empresarial; art. 1169 e seguintes, o perfil corporativo, ao trazer normas que destacam o papel dos colaboradores do empresário. E, ainda, como microssistema de direito, e a reforçar tal entendimento, a atual LFRE, que permite perceber no fenômeno empresa foco de direitos difusos, quando diz das normas-princípio que orientam o instituto da recuperação judicial. Fala-se expressamente dos interesses dos colaboradores subordinados (trabalhadores) e intuitivamente dos parceiros empresariais e consumidores, ainda que alocados no vocábulo credores, ressaltando o empreendimento como fonte produtora de emprego e renda, razão pela qual de grande relevância sua preservação.⁵²

Possível perceber que a teoria da realidade técnica e a teoria da empresa se aproximam, ao defenderem para as pessoas jurídicas, em geral, e para o empresário coletivo, em particular, a personificação e os direitos dela decorrentes, inclusive regime jurídico

⁵¹ Nesse sentido, esclarece GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto que não há heresia em se utilizar o termo empresa como sinônimo de empresário ou sociedade empresária, porque apesar da imprecisão terminológica, a própria Constituição Federal permitiria tal uso, pois em seu texto o legislador constituinte teria utilizado as expressões “empresa estatal, empresa pública, microempresa, empresa de pequeno porte, etc”. *In Direito de Empresa*. São Paulo: RT, 4. ed., 2013, pág. 74-75.

⁵² Eis a íntegra do referido artigo: “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (LFRE).

Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2005/111101.htm. Acesso em 20/04/2013, às 14:00.

próprio para os últimos, sendo que diante da complexidade do fenômeno empresa, a legislação não se deve apresentar meramente simbólica, distante da realidade social e econômica, nem contraditória, no sentido de incorporar um intervencionismo estatal direto, que sob o pretexto de resguardar interesses de determinados grupos da sociedade, ultime por desestimular ou, reflexamente, negar a personificação, com a eleição de cláusulas gerais a contextualizar a desconsideração da personalidade jurídica de forma meramente objetiva.

Manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores visando promover a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica parecem objetivos de fácil compreensão, mesmo diante de enormes percalços linguísticos que se possam alegar. E mais, fins que apontam uma elevada preocupação com a situação real em que se insere a empresa, catalizadora privada de solução ao principal problema da vida em coletividade, a escassez. A realidade que aponta para a necessidade de estímulo à iniciativa empresarial reconhece a imprescindibilidade dos entes privados na produção e circulação dos bens.

Proteger a atividade é uma das formas de estimulá-la. Garantir o reconhecimento da personalidade jurídica, com a consequente separação patrimonial da responsabilidade dos sócios é atender aos dois pressupostos básicos da teoria da realidade técnica: merecimento da proteção estatal e ente coletivo com fins lícitos. Mais que reconhecer uma realidade técnica, trata-se de constatar, estimular e proteger uma necessidade técnica da vida em coletividade.

Reconhecer apenas a empresa como merecedora da proteção legal, descuidando-se do seu titular, o empresário e a sociedade empresária, assemelha-se a blindar a aeronave deixando nu o piloto. Preservar a empresa a todo custo, ante a sua indeclinável importância econômica, é liturgia inseparável da proteção ao sujeito empresarial, pois é possível imaginar empresários sem empresas, mas não o contrário.

1.4 A desconsideração da personalidade jurídica como abuso de direito e como exceção aos direitos advindos da personificação

Ao rememorar o pensamento de José Lamartine Correa de Oliveira, Rodrigo Xavier Leonardo⁵³ reagrupou as teorias que discutiram a personificação da pessoa jurídica em três blocos: “as doutrinas individualistas e o antropocentrismo no direito privado moderno, as doutrinas que afirmam a existência de realidades coletivas e o normativismo e a pessoa como centro de imputação”. Tais subtítulos têm correspondência, respectivamente, com as teorias ficcionistas, realistas e da realidade técnica, denunciando uma imprecisão conceitual, bem como eventuais abusos cometidos por particulares ainda que em nome das pessoas jurídicas.

Nessa perspectiva, Rodrigo Xavier Leonardo reafirmou as limitações das teorias ficcionistas que fundamentam a desconsideração da personalidade jurídica com facilidade, tendo em vista que a personificação pode ser transposta e desprezada exatamente por se tratar de mera ficção. Assim, primeiro, salientou como tendência do judiciário norte-americano (do direito não estritamente codificado, do *common law*) a flexibilização do princípio da autonomia patrimonial, para ampliar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Por outro lado, criticou o estatismo do positivismo do *civil law* (do direito preponderantemente codificado) ao estabelecer pressupostos diferentes para o reconhecimento da personalidade dos entes coletivos. Destacou, quanto ao *civil law*, sistemas jurídicos que, segundo José Lamartine Correa de Oliveira, seriam minimalistas ou maximalistas a depender do grau de similitude entre entes coletivos e pessoas naturais, para o reconhecimento da personificação aos primeiros. Desta feita, nos ordenamentos jurídicos minimalistas, os requisitos para a equiparação seriam mínimos (como ocorre no direito francês). Já nos ordenamentos maximalistas, para a referida analogia haveria um rigor maior em relação aos requisitos (a exemplo do que se tem no direito suíço).⁵⁴

A partir da diferença acima, entre sistemas maximalistas e minimalistas, o referido autor identificou dualidade nos sistemas maximalistas entre os entes coletivos aptos à personificação e aqueles outros, mesmo não alcançados pela personificação, mas que, em grau menor, também seriam considerados sujeitos de direito, hábeis, a título de ilustração, a se

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?* Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). *Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005, pág. 22.

⁵⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Idem*.

fazerem representar em juízo. E, precisamente em relação aos entes personificados, destacou uma crise de representatividade ou de representação, a que Correia de Oliveira denominou crise de função, pois possível a inversão de papéis com a utilização da pessoa jurídica como mera aparência de ente coletivo, para, na verdade, satisfazerem-se interesses estritamente de algum sócio/associado, inclusive, em detrimento do ente coletivo, como maneira de burlar a lei ou lesar terceiros.

Para superação desta crise de função, José Lamartine Correia de Oliveira⁵⁵ apontava a necessidade de se afastar a personalidade da pessoa jurídica, pois o ente coletivo não poderia ser utilizado como escudo, sobretudo porque a pessoa jurídica estaria a alcançar um resultado contrário à lei ou ao contrato, a subverter as razões da personificação, sendo necessário fazer com que a imputação de responsabilidade dos sócios prevaleça, de modo que se “faça como predomínio da realidade sobre a aparência”.

Ainda que excepcionalmente, portanto, a possibilidade de suspensão da personalidade, através da contextualização da técnica da desconsideração está expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, no disposto no art. 50, do CC, e também pela Legislação Argentina (lá denominada *Desestimacion de La Personalidad Juridica*), textos que se aproximam no conteúdo.^{56 57}

Pelo que se lê, a desconsideração da personalidade jurídica deveria ter lugar quando contextualizado o abuso de direito, quando fins particulares dos associados/sócios se sobreponham aos interesses do ente coletivo, o que será suficiente para justificar a comunicabilidade de obrigações e a quebra do princípio da autonomia patrimonial. Este quadro fático apresenta-se como um razoável jurídico, a contornar situações de crise e a

⁵⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *In A dupla crise da pessoa jurídica*, pág. 613, transcrito por LEONARDO, Rodrigo Xavier, op. cit., pág. 36 e 37.

⁵⁶“Art. 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” (CC) Fonte:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20/04/2013, às 14:00.

⁵⁷

“Inoponibilidad de la personalidad jurídica: La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra-societarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.” (Lei 19.550, art. 54, Argentina) Analisado e transcrito por DUBOIS, Eduardo M. Favier, in *La Desestimacion de La Personalidad Jurídica Societaria como Limite al Globalismo em La Argentina del siglo XXI*. Fonte:<http://www.legalmania.com.ar/derecho/desestimacion_personalidad_juridica.htm>. Acesso em 21/04/2013, às 12:00.

conformar soluções economicamente eficientes. Isto é, a desestimação da personalidade do ente coletivo somente se apresentará decisão legítima e eficiente, quando, no caso concreto, perceber-se o abuso de direito, pois, do contrário, a técnica da desconsideração da personalidade jurídica poderá, a despeito de proteger os interesses de alguns credores, precipitar o desmantelamento da atividade, em torno da qual gravitam interesses vários (de trabalhadores, de parceiros empresariais, de consumidores, do fisco, dentre outros).

Portanto, trata-se de exceção, frise-se mais uma vez, pois a normalidade é o que objetivamente se espera é que os entes coletivos cumpram sua função social. Por isso mesmo, demonstra-se sem causa jurídica ou econômica, o legislar e criar hipóteses de desconsideração da personalidade de forma objetiva, porque isso subverteria e tornaria inócuo o princípio da autonomia patrimonial, que tem em mira a limitação da responsabilidade, como subprincípio a incentivar a atividade produtiva, evitando a imposição de externalidades à atividade econômica. Externalidades que, apesar de contornáveis pela absorção do risco e aumento do preço, acabam impondo desestímulo ao empreendedorismo humano, ante a imprevisível elevação do risco da atividade.

Como já visto anteriormente, as teorias da realidade, que se concentram na constatação de que os entes coletivos são “organismos vivos”, perceptíveis no cotidiano, com necessidades próprias e que, por isso, merecem ser considerados sujeitos de direitos e não simples abstração, ante os efeitos sociológicos e jurídicos da sua existência, não atendem ao equilíbrio que se espera na vida em coletividade. Centrada na ideia de vida e vontade próprias, a pessoa jurídica vista como entidade real, mais uma vez não recebe a merecida guarida legal e estatal. Mais que vida em si mesma, a pessoa jurídica tem sua existência em face da exigência de necessidades inadiáveis dos grupos sociais em que estão inseridas.

Por serem entes de atendimento de imperiosa necessidade da vida em coletividade, as pessoas jurídicas reclamam uma abordagem doutrinária que faça jus à sua imprescindibilidade; uma jurisprudência que a interprete à luz de sua inafastável função social e socializadora; uma legislação que enxergue além do interesse de lucro dos sócios, para constatar na produtividade empresarial a maior parceira no enfrentamento dos mais diversos problemas da ordem econômica. Enxergar a pessoa jurídica apenas como ente real deixa de reconhecê-la como instituição necessária à vida em sociedade que merece proteção em face do cotidiano risco de seu objeto e de sorte a adequá-lo aos mais diversos cenários socioeconômicos.

Percebe-se, por isso, que as inovações legislativas (e sua posterior aplicação) devem buscar o diálogo com outras ciências, pois sem sentido isolar o jurídico de consequências sociais e econômicas, especialmente porque as normas são estabelecidas para regular a realidade sócio-econômica, caracterizada pela escassez.

Por tal linha de raciocínio, todo arcabouço teórico a tentar conciliar as ideias ficcionistas que enfatizaram os interesses individuais daqueles que compõem os entes coletivos e realistas, aquelas que se voltam para os efeitos sociológicos dos entes coletivos, ou mesmo relações patrimoniais, irá complementar-se com as teorias da realidade técnica e da empresa, tendo-se como resultado uma legislação que busque o equilíbrio entre os vários reclames da sociedade.

Tudo isso porque a atividade empresarial é – repise-se - interesse difuso, e para que a legislação não se afaste da realidade, a denotar a crise do positivismo e a contextualizar as palavras quase proféticas de Georges Ripert⁵⁸ (1880-1958): “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”. É como se Georges Ripert estivesse a nos ensinar que se a pessoa jurídica, que pode ser usada indevidamente, representa um mal necessário, pois a realidade social necessita da atividade empresarial e, por vezes, exige a soma do capital de muitos empreendedores, pessoas naturais e jurídicas, realidade, pois, inevitável. Daí, a necessidade de reconhecê-la, regulá-la e incentivá-la, como realidade técnica imprescindível que é.

É dizer, demonstra-se atual e necessária uma análise econômica do direito em relação ao tema proposto: a desconsideração eficiente da personalidade jurídica. Análise que deve ser realizada não somente sob a ótica do direito e do interesse social, mas verificando, ainda, os aspectos econômicos inafastáveis, e o interesse individual de empresários e empreendedores, os quais, em um contexto de gênero/espécie são a partícula do social.

⁵⁸ Partidário da teoria da realidade técnica e que defendia o reconhecimento das pessoas jurídicas como realidade social. Nesse sentido, citado e transcrito por RODRIGUES, Silvio, op. cit., pág. 90: “cette théorie parait aujourd’hui l’emporter en France, Elle affirme qu’il n’y a aucune impossibilité a concevoir des droits appartenant à d’autres êtres que des individus humains. Bien plus, la nature de choses commande souvent cette conception. On ne peut concevoir sans droits propres ni l’Etat, ni beaucoup de sociétés, d’associations ou établissements, Le fait, pour eux, d’être sujets de droits, loin d’être une fiction, est done une réalité logic et parfois nécessaire.” Tradução livre: “essa teoria agora parece prevalecer na França, ela diz que não há impossibilidade de conceber os direitos que pertencem a outros seres humanos como indivíduos. Além disso, a natureza das coisas, muitas vezes impõe este desenvolvimento. Não se pode conceber sem direitos pessoais, nem as empresas públicas, nem muitas associações ou instituições, diante do fato, de que se apresentam como sujeitos de direitos, o que longe de ser uma ficção, demonstra-se, portanto, uma realidade lógica e, por vezes, necessária.

Restringir a análise do fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica, priorizando interesses individuais de alguns credores, nas relações jurídico-econômicas, é fazer justiça no varejo (individual), mas, por outro lado, provocar eventual injustiça no atacado (social), já que o social é o somatório do individual.⁵⁹

Se por um lado é fácil verificar que algumas pessoas jurídicas são formadas com a intenção de fraudar credores, com abuso do instituto da autonomia, também é fácil conferir que a maioria das empresas não está a serviço do engodo, muito pelo contrário, é formada por pessoas que, nos termos do artigo 2º da CLT, “assumem os riscos da atividade econômica”, produzindo e fazendo circular a riqueza, sendo do interesse estatal e social a preservação da empresa, na medida em que ela promove o recolhimento de tributos, o emprego, a iniciativa privada gerando bens de consumo, a infraestrutura, o melhoramento dos produtos e serviços, o incremento da concorrência e a distribuição de renda.

Tais constatações, inclusive, no caso brasileiro, são expressões de um sistema econômico que se propõe a alcançar a tão almejada justiça social, e que refletem as normas princípios contidas na CF (art. 170, *caput*, livre iniciativa, inc. III, função social da propriedade, e parágrafo único, livre exercício da atividade econômica). Em conclusão parcial, percebe-se o porquê da necessidade de se resguardar o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, com destaque para as sociedades empresárias, e restringir as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, encontrando referidas práticas eco e apoio na concepção de pessoa jurídica defendida pelas teorias da realidade técnica e da empresa.

⁵⁹ Nesse ponto, lembrança que se faz a Rui Barbosa, na sua oração aos moços. BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.Pdf. Acesso em 22/04/2013, às 14:00.

1.5 A responsabilidade limitada a afastar a responsabilidade ordinária dos sócios pelo passivo a descoberto das sociedades empresárias

Miguel Reale, didaticamente, explicou a diferença basilar entre associações e sociedades, destacando a finalidade primeira do ente coletivo – lucro como fim principal ou paralelo - para diferenciá-las, isto é, as associações se estabelecem para fins não econômicos (art. 53, *caput*, do CC⁶⁰), ao passo que as sociedades, *a contrario sensu*, concentram seus objetivos ou esforços em atividades de caráter econômico. Esclareceu, ainda, existir diferença entre sociedades simples e sociedades empresárias, destacando-se como elementos diferenciadores o grau de organização da atividade negocial e a prestação pessoal dos serviços.

Assim, nas denominadas sociedades empresárias, mesmo diante da ausência de conceito legal explícito, possível inferir do conceito legal de empresário, as características daquelas sociedades, ao tomar-se como norma de extensão o disposto no art. 966, do CC. Por consequência, possível perceber que as sociedades empresárias correspondem aos entes coletivos capazes de concatenar os fatores de produção (capital, insumos, mão-de-obra e tecnologia), com habitualidade, profissionalidade, bem como com o objetivo principal de lucro, assumindo os riscos correlatos, e se predispondo a fornecer à coletividade bens e serviços.

Nas sociedades simples, por outro lado, a não complexidade do negócio, proporcionalmente, reclama um grau menor de organização, inclusive, com a possibilidade de que a sociedade dispense mão-de-obra alheia, diante da prestação pessoal dos serviços pelos sócios. Nas palavras do saudoso professor Miguel Reale, sociedades simples de “cabeleireiros ou pedreiros a advogados ou engenheiros”.⁶¹

⁶⁰ Isso não quer significar que as associações estejam proibidas de desenvolver atividades produtivas, as quais, por consequência, alcançarão resultados positivos. Ou de forma simples, lucrarão com o empreendimento. Entretanto, o lucro – no caso das associações - conformará meio para atingir outros fins eleitos como prioritários, como, por exemplo, religiosos que prestem serviços educacionais, mas que - a par do almejar de resultados positivos -, predisponham-se a “objetivos não lucrativos, como a difusão de valores ou criação de postos de emprego para os seus sacerdotes”, conforme doutrina COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., pág. 13. A referendar, ainda que parcialmente, o que aqui se defende, leia-se o teor do enunciado 534, da VI Jornada de Estudos de Direito Civil do CJF: “ENUNCIADO 534 – As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa.” Fonte: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20JORNADA1.pdf>. Acesso em 22/04/2013, às 14:00.

⁶¹ REALE, Miguel. *A sociedade simples e a empresária no Código Civil*. Disponível em:

Logo – repise-se – o grau de organização permite diferenciar sociedades empresárias de sociedades simples, mas é importante não esquecer que se trata de espécies do mesmo gênero. No caso, sociedades, que se enxergam como estruturas técnico-jurídicas concebidas para iniciar a atividade economicamente organizada e que se exteriorizarão através de um conjunto de bens (o estabelecimento empresarial), sob o comando de sujeitos de direito específicos.⁶²

O conceito de empresa, como fato jurídico, como atividade econômica organizada, destaca-se dos sujeitos de direito que escolham e se predisponham a se inserir em determinado mercado. Empresa e empresários serão, aparentemente, inseparáveis enquanto se alcançarem resultados positivos em relação ao empreendimento e não houver conflitos entre os sócios dos empresários coletivos. Entretanto, é possível que haja insucesso patrimonial no desenvolver do negócio e a atividade ultime por se desativar faticamente. Apesar disso, remanescerão as responsabilidades das pessoas que exerceram a atividade, como ocorre nos casos que contextualizam dissoluções irregulares de sociedades empresárias ou falências.

Nitidamente, sobressaem-se como inerentes à atividade empresarial os potenciais lucros, mas, igualmente, os eventuais prejuízos. O bônus e o ônus, paralelamente, projetam-se nas mentes dos futuros empreendedores, sendo, por isso, importante rememorar a observação de Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que “boa parte da competência característica dos empresários vocacionados diz respeito à capacidade de mensurar e atenuar riscos”.⁶³ E, para tanto, na empreitada de relativizar o risco e maximizar o lucro, necessariamente, o empresário, individual ou coletivo, deverá desenvolver habilidades específicas para estimar o custo total da atividade econômica, principalmente em tempos de globalização.

Tal perspectiva, a propósito, foi explanada por Arnaldo Wald, quando defendeu que a própria economia atual demanda um tipo especial de empresário, o qual deverá corresponder a um gerente, um organizador da produção e da comercialização. Nos grandes empreendimentos também se faz necessária a presença de um empresário-executivo que

<http://www.miguelreale.com.br/>, menu Artigos, não paginado. Acesso em 22/04/2013, às 14:00.

⁶² Neste sentido, CAMPINHO, Sergio Campinho. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2005, pág. 11. Demonstra, inclusive, que a empresa, como fato jurídico, como atividade, não deve ser confundida com o sujeito de direito que a exerce, pois poderá “existir sociedade sem empresa, ainda que seu objeto compreenda atividade própria de empresário, bastando, para isso, que seus atos constitutivos sejam inscritos na Junta Comercial, sem de fato entrar em atividade”, op. cit, pág. 12.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit, pág. 4.

deverá cultivar além da racionalidade e da audácia, a intuição, a ponderação, bem como as técnicas de informação e comunicação.⁶⁴

É natural, portanto, que, diante das exigências relacionadas ao empresário do século XXI, haja a contribuição concomitante de colaboradores subordinados e independentes, democratizando-se a gestão dos empreendimentos, e dentre tais colaboradores juristas e economistas. Os primeiros auxiliarão o empresário identificar tipos e arranjos societários hábeis à mensuração dos riscos sobre o capital investido, e os últimos na avaliação dos custos (explícitos e implícitos) que irão modular o comportamento da empresa.

Na escolha dos tipos societários, percebe-se, no direito brasileiro, o princípio da autonomia patrimonial como ponto de convergência ou semelhança, a atrair para os empreendedores que se organizarem em sociedade a garantia do benefício de ordem, isto é, em caso de insucesso patrimonial da atividade escolhida, a sociedade, sujeito de direito autônomo que é, deverá responder ilimitadamente por suas obrigações, com a totalidade de seu patrimônio. Isto é, se houver patrimônio suficiente para saldar as obrigações sociais, não há que se falar em responsabilidade subsidiária dos sócios. Ou, incisivamente, a responsabilidade direta pelas obrigações sociais, regra geral, será do ente coletivo.

Por outro lado, em caso de patrimônio negativo do ente coletivo, a depender do tipo societário e da espécie de sócio, poderá responder subsidiariamente pelo passivo a descoberto. Como direito e garantia decorrente da personificação, o patrimônio particular dos sócios não poderá ser atingido para satisfação das obrigações sociais, constatando-se haver patrimônio suficiente do ente coletivo para saldá-las. O CPC, mais especificamente, seu art. 592, inc. II, c/c art. 596, expressam o princípio da separação dos patrimônios.⁶⁵

⁶⁴ WALD, Arnaldo. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coordenadores). *O Novo Código Civil (Homenagem ao prof. Miguel Reale)*. O Empresário, a Empresa e o Código Civil. São Paulo: LTr, 2. ed., 2005, pág. 876.

⁶⁵“Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:
(...)

II – do sócio, nos termos da lei;

Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 23/04/2013, às 14:00.

O CC, precisamente, no seu art. 1024, também contempla o princípio da separação dos patrimônios.⁶⁶ A LFRE repisa o princípio da autonomia patrimonial e a responsabilidade direta da sociedade, quando dispõe que não são oponíveis à massa “os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade” (art. 83,§ 2º). Já no art. 82 da mesma LFRE, mais uma vez é reiterada a separação dos patrimônios, pois somente depois de ação própria, a ser intentada pelo rito ordinário, em caso de procedência é que será possível alcançar o patrimônio particular dos sócios.⁶⁷

Ives Gandra da Silva Martins Filho⁶⁸ nomeia a responsabilidade subsidiária, em caso de passivo a descoberto do ente coletivo, de responsabilidade ordinária. Esclarece tratar-se de responsabilidade decorrente da lei, ou seja, das normas predispostas para o tipo societário escolhido. Trata-se de responsabilidade que se atribui aos sócios, independentemente da apuração de comportamento fraudulento ou abusivo do sócio, de ato doloso ou culposos que se lhe imputem. É efeito *ex lege*.

Nesse sentido, na sociedade limitada, os sócios somente responderão ordinária e subsidiariamente com seus bens particulares, se o patrimônio da sociedade não houver sido integralizado. Vale dizer, se os sócios não conseguirem comprovar que a contribuição indicada no contrato social realmente foi incorporada ao patrimônio social. Diz a lei: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social” (art. 1052, do CC).

Nas sociedades em comandita, misto de sócios com responsabilidade limitada e de responsabilidade ilimitada, os comanditários ou acionistas, eventualmente responderão com seus patrimônios particulares, pelas dívidas sociais remanescentes, até o limite dos fundos ou ações a que se comprometeram (art. 1045 e 1091, do CC). Por outro lado, os sócios comanditados ou acionistas-administradores pelas mesmas obrigações remanescentes poderão

⁶⁶ “Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 23/04/2013, às 15:00.

⁶⁷ “Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2005/111101.htm>. Acesso em 23/04/2013, às 16:00.

⁶⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva Filho. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coordenadores). *O Novo Código Civil (Homenagem ao prof. Miguel Reale)*. As Sociedades Empresárias, São Paulo: LTr, 2. ed., 2005, pág. 888.

responder integralmente, pelo saldo total a descoberto, sem limitação pré-estabelecida, portanto.

De igual modo, na sociedade em comum e na sociedade em nome coletivo, a responsabilidade subsidiária também não encontra teto, pois os sócios pelo passivo social a descoberto respondem com a totalidade de seus bens particulares, ou seja, ilimitadamente (art. 990 e art. 1.039, ambos do CC).

Na sociedade simples, o patrimônio particular dos sócios estará parcialmente “blindado”, pois somente responderão pelas obrigações sociais – subsidiariamente repise-se - até o limite de suas participações no capital social (art. 1023, 1024, 1025 e 1032, do CC). No caso dessa sociedade, a responsabilidade dependerá de expressa disposição no contrato social, como determina o art. 997, inc. VIII do CC.

Nos contratos de investimento, que a lei denomina de sociedades em conta de participação, o sócio ostensivo detém responsabilidade ilimitada pelo passivo a descoberto, enquanto o sócio oculto, em princípio, responde com seus bens particulares somente pelo saldo que ofertou para o desenvolvimento, a não ser que venha a intervir no negócio, quando ultimar-se por se responsabilizar solidariamente pelas obrigações eventualmente pendentes (art. 991 e art. 993, par. único, do CC).

Nas sociedades anônimas, a responsabilidade subsidiária encontrará limite no preço de emissão das ações subscritas (art. 1088, do CC).

Diante de tal quadro, a opção pela sociedade limitada se apresenta como a menos arriscada, para os empreendimentos menores. É dizer, a responsabilidade ordinária restará afastada se houver a regular integralização do patrimônio. Como salienta Fábio Ulhoa, “o limite da responsabilidade subsidiária dos sócios pode ser ‘zero’”.⁶⁹

Por derradeiro, com a possibilidade de que seja constituída empresa individual de responsabilidade limitada (novidade introduzida pela Lei 12441/11), que se regerá, naquilo que couber, pelas regras da sociedade limitada (art. 980-A, § 6º, do CC), de se ver que a principal vantagem que se avizinha é a delimitação dos patrimônios, isto é, divisar qual o patrimônio pertencente à atividade desenvolvida do patrimônio particular do empreendedor.

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., pág. 119.

E, por tal razão, devidamente integralizado o capital social (art. 980-A, *caput*), afastada restará a responsabilidade subsidiária em relação ao patrimônio particular do empresário.⁷⁰

A recente criação da EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada – reforça a importância do reconhecimento real da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada como indispensáveis ao exercício da atividade empresarial, diga-se, respeito à separação patrimonial como regra. Se o legislador inova o sistema jurídico privado para criar fenômeno tal qual o empresário individual de responsabilidade limitada, com dupla personalidade jurídica, incentivando a abertura de empresa com apenas um titular de responsabilidade limitada, retornar sobre os próprios passos, desconsiderando a personalidade jurídica sem critérios de atendimento ao interesse coletivo apresenta-se como estelionato legal. Isso porque, apesar da prometida responsabilidade limitada para incentivar o empreendimento, a decretação da desconsideração da personalidade jurídica poderá implodir o patrimônio empresarial e o particular do investidor que se organizar através de uma EIRELI.

A par da responsabilidade ordinária, que pode ser considerada como álea mensurável, Ives Gandra da Silva Martins Filho⁷¹ denomina responsabilidade extraordinária dos sócios aquela derivada de fraude ou descumprimento do contrato social. Elenca as hipóteses legais, em que destaca a responsabilidade pessoal de alguns sócios por desmandos na administração ou gestão temerária, por dolo ou culpa. Inclui no mesmo rol, também as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

Essa aproximação entre as hipóteses legais de responsabilidade extraordinária e as de desconsideração da personalidade jurídica tem como elo a prevalência de interesses escusos de alguns sócios. Porém, é preciso notar que a responsabilidade extraordinária como sanção, como punição é efeito *ex lege*, pois independe de contextualização e pronunciamento judicial quanto à comunicabilidade de responsabilidades sociais, o que reforça a ideia de que as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica correspondam a situações excepcionais, e hipóteses que serão detalhadas no segundo capítulo desta pesquisa.⁷²

⁷⁰ Nesse sentido, o enunciado 470, da V Jornada de Estudos de Direito Civil promovida pelo CJF: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/issue/current>. Acesso em 24/04/2013, às 13:00.

⁷¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva Filho. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coordenadores), op. cit., pág. 911.

⁷² Esse o entendimento construído na III Jornada de Estudos sobre o Código Civil do CJF através do enunciado 229: “A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa

1.6 A responsabilidade limitada no contexto do grupo empresarial

Os arranjos empresariais, com a aproximação de pessoas jurídicas autônomas, são bastante comuns em tempos de uma economia globalizada, sendo que os organismos sociais de grande porte estendem seus interesses para além de seus países de origem, formando conglomerados multinacionais. As empresas transnacionais, assim, são uma realidade no mundo, sendo critérios para mensuração de tal realidade os ativos, as receitas provenientes de *royalties*, bem como a quantidade de postos de trabalho mantidos pelo empreendimento no exterior em comparação com as mesmas rubricas (ativos, receitas e postos de trabalho) que mantenha no seu país de origem. Num *ranking* dos grupos plurissocietários brasileiros mais influentes no globo, possível ordená-los pelo faturamento (de até 1 bilhão de reais) ou pela quantidade de subsidiárias.⁷³

O alcance multinacional de referidos conglomerados é reflexo da mesma prática já sedimentada nos mercados nacionais, inclusive o brasileiro. A dinâmica empresarial fomenta aquisições e o consequente controle acionário de pessoas jurídicas por outras num mesmo nicho de mercado. A Metalfrio, por exemplo, ao encabeçar o ranking das mais rentáveis transnacionais brasileiras, de acordo com a pesquisa efetuada pela Fundação Dom Cabral (em 2012)⁷⁴, estrutura-se como uma S/A que detém o controle acionário de outras 17 sociedades (entre sociedades anônimas e limitadas), distribuídas no Brasil e em 6 países (EUA, México, Bahamas, Rússia, Dinamarca e Turquia).⁷⁵

A Companhia Vale do Rio Doce, líder, de acordo com a Fundação Dom Cabral (no ano de 2012), tendo em vista sua dispersão geográfica pelos 5 continentes, presente em 38 países, além do Brasil, também é S/A de capital aberto, com papéis negociados nas bolsas de São Paulo, Nova York, Madrid, Paris e Hong Kong. Seu capital social distribui-se entre

jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.” Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em 24/04/2013, às 14:00.

⁷³ Nesse sentido, a Fundação Dom Cabral trouxe, para o ano de 2012, considerando-se os critérios mencionados (faturamento e número de subsidiárias), o seguinte rol de transnacionais brasileiras: Metalfrio, Ibope, Sabó, Cit, Arteccla, Agrale, Cia Providência, Bernatech, BRQ IT Services, e Eliane. Vale, Stefanini it Solutions, Odebrecht, Banco do Brasil, Marfrig, Weg, Brasil Foods, Marcopolo, Gerdau, Magnesita, Andrade Gutierrez, Camargo Correa, Itaú-Unibanco e JBS Friboi. In Ranking das Transnacionais Brasileiras 2012. Disponível: http://www.fdc.org.br/pt/Documents/2012/ranking_transnacionais_brasileiras2012.pdf. Acesso em 07/05/2013, às 14:00.

⁷⁴ Periódico mencionado na nota 62.

⁷⁵ Fonte: http://ri.metalfrio.com.br/metalfrio2008/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=19794. Acesso em 07/05/2013, às 14:30.

sócios pessoas jurídicas e pessoas físicas, investidores nacionais e estrangeiros, em que se percebe o controle acionário pela VALEPAR S/A (com 33,7% do capital votante)⁷⁶ e VALEPAR S/A que tem como acionistas: “Litel/Litela (fundos de investimentos administrados pela Previ) com 49% das ações, Bradespar com 17,4%, Mitsui com 15%, BNDESpar com 9,5% e Elétron (Opportunity) com 0,03%”.⁷⁷

A Companhia Vale do Rio Doce detém o controle acionário de outras sociedades e se mantém coligada com pessoas jurídicas que se lançam a objetos similares aos que explora com proeminência (extração de minérios), mas também tem diversificado suas operações, tendo em vista a produção de fertilizantes, a operação de malhas ferroviárias (logística para o transporte de mercadorias) e siderurgia. Ao todo conta participação societária em 37 outras sociedades (entre sociedades anônimas e limitadas).⁷⁸

Os exemplos Metalfrio e Vale bem ilustram a complexidade dos grupos empresariais. Tais grupos se projetam como possibilidade de alterações do perfil subjetivo dos empreendimentos, com a correlata modificação dos quadros societários, quando pessoas jurídicas tornam-se sócias de outras pessoas jurídicas, estabelecendo entre si relações de hierarquia ou de participação, tendo em vista a necessidade de diluição dos riscos e de racionalização da exploração empresarial, para reunir em torno de um ente coletivo principal (*holding*) a administração de várias sociedades ou sociedades que se coordenam como parceiras, para a clivagem de capital ou como oportunidade de investimento.⁷⁹

Historicamente, foi no direito alemão que o fenômeno da concentração empresarial positivou-se, reconhecendo-se que pessoas jurídicas autônomas poderiam submeter-se à direção única. A coincidência de gestão ou administração, de acordo com lei alemã que trata das sociedades anônimas (de 1965) poderá ocorrer por convenção ou como efeito do poder de controle. No primeiro caso, a convenção ou contrato depende de formalização junto aos órgãos de registro das atividades empresariais. No segundo caso, o liame de subordinação, de influência recíproca, concentra-se no poder de ingerência de uma sociedade em relação a

⁷⁶Disponível em: http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Company/shareholding-structure/Shareholder_structure_p.pdf. Acesso em 07/05/2013, às 15:00.

⁷⁷ Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Vale_S.A. Acesso em 07/05/2012, às 15:30.

⁷⁸ Informações colhidas no *site* oficial da Companhia Vale do Rio Doce, no painel Investidores, subitem Controladas, *Joint Ventures* e Coligadas.

⁷⁹ Neste sentido, o pensamento de COMPARATO, Fabio Konder citado por REQUIÃO, Rubens. In: *Curso de Direito Comercial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 24. ed., 2005, pág. 272.

outra e a decorrer de sua participação no capital social. A LSA inspirou-se na legislação alemã e também prevê um sistema dualista para o reconhecimento dos grupos empresariais, sendo que a doutrina encarregou-se de classificá-los em grupos de direito e de fato⁸⁰.

Os grupos de direito reclamam uma estrutura administrativa paralela aos órgãos já existentes em relação à sociedade de comando e suas filiadadas (art. 269, inc. VI, da LSA), destacando-se como requisito básico para a constituição do grupo de direito, a indicação expressa da sociedade *holding*. Já nos grupos de fato, prescindível o registro, sendo possível inferir de maneira implícita o poder de controle, ao constatar-se que uma sociedade (controlada) ultimar-se-á dirigida por outra (controladora), quando, “diretamente ou através de outras controladas” tornar-se “titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores” (art. 243, da LSA).

A Lei 11941/09 que atualizou a LSA deixou de caracterizar as sociedades coligadas apenas pelo percentual de participação no capital social de um ente coletivo em relação a outro (antes maior ou igual a 10%), tendo em vista que hoje serão consideradas coligadas, independentemente de um percentual mínimo, se caracterizada influência significativa da sociedade investidora em relação à sociedade em que se investiu e influência significativa que se contextualizará quando “a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la” (art. 243, § 4º, da LSA).

Por outro lado, saliente-se que em relação às sociedades contratuais, com regime jurídico concentrado no CC, o percentual mínimo de 10% de participação de uma sociedade em relação a outra se mantém como critério para a definição de coligação (art. 1099 do CC).

No grupo societário - de direito ou de fato – de acordo com a sistemática inaugurada pela LSA, deve ser mantido o princípio da autonomia patrimonial em relação às sociedades integrantes do grupo, tendo em vista não apenas o fortalecimento e o incremento das relações intersocietárias, mas também a segurança jurídica de eventuais investidores. Da leitura do art. 266 da LSA é possível inferir tal perspectiva, destacando-se a autonomia de cada ente coletivo, frisando-se, expressamente, a conservação de patrimônios distintos.⁸¹

⁸⁰ Neste sentido, a classificação trazida por REQUIÃO, Rubens, op. cit., pág. 273.

⁸¹ “As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.” (grifou-se)
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 25/04/2013, às 14:00.

Entretanto, a desmerecer ou diminuir a efetividade da garantia da separação de patrimônios, percebe-se que o direito pátrio excepcionou tal garantia ao prever a responsabilidade solidária, diante de obrigações trabalhistas (CLT, art. 2º, § 2º), previdenciárias (Lei 8212/91, art. 30, inc. IX) ou decorrentes de infrações à ordem econômica (art. 33, da Lei 12529/11). Nas relações de consumo, há também a previsão de responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes de grupos econômicos (CDC, art. 28, § 2º).

Paradoxal e criticável tal inflação legislativa, pois a LSA trouxe mecanismos a impedir os abusos decorrentes de uma gestão econômica unitária a envolver as sociedades dos grupos. Além da autonomia jurídica, expressamente a lei brasileira prevê a configuração do abuso do poder de controle, na perspectiva de prejuízos às controladas ou coligadas (art. 115, 245 e 246, da LSA).^{82 83}

⁸² Diz a lei brasileira das sociedades anônimas:

“Abuso de Votos e Conflito de Interesses

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (Redação dada pela Lei 10303/01)

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

Sociedade Controladora

Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

§ 1º A ação para haver reparação cabe:

a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

§ 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 08/05/2013, às 09:30.

⁸³ PRADO, Viviane Muller ressalta: “Além dos grupos convencionais, foi reconhecido o poder de controle empresarial e previu-se expressamente a possibilidade de participação de sociedade no capital de outra e o conceito de sociedades controladora e controlada. Apesar desta possibilidade de participação de uma pessoa no

A independência de gestão e de patrimônios não deveria conduzir à unificação de responsabilidades das pessoas jurídicas - o que se apresentaria admissível somente em casos de fraude ou abuso do poder de controle -, pois a solidariedade juridicamente imposta revela ingerência negativa na economia, propensa a comprometer as atividades de entes coletivos autônomos e viáveis financeiramente. As hipóteses legais de solidariedade fazem presumir confusão patrimonial entre os entes integrantes dos grupos econômicos, o que se apresenta como incremento do risco inerente à atividade empresarial e, atuarialmente, poderá ser cotado como custo adicional do empreendimento.

A inflação legislativa, ao impor hipóteses objetivas de responsabilidade solidária (inclusive entre empresas parceiras), mais uma vez desprestigia a autonomia da pessoa jurídica e, portanto, a responsabilidade limitada. Tal opção jurídica, que não exige prova de fraude ou de prática de abuso de direito para responsabilizar todo o grupo solidariamente, mostra-se ineficiente, pois eleva sobremaneira os custos de transação e acaba alocando para quem menos interessa a preservação da empresa o direito ao recebimento do seu crédito, não importando quem seja o devedor direto da obrigação, muito menos eventual contaminação e derrocada da empresa saudável.

Neste momento, importa, ainda, verificar que será difícil justificar perante um juiz europeu ou norte-americano a penhora de ativos de uma sociedade empresária situada em seus países, para pagamento de trabalhadores, por exemplo, de outra empresa do “grupo” que atue no Brasil, quando trabalhadores nacionais daqueles países também estejam sob o risco de serem vítimas de inadimplemento quanto aos seus salários e outras verbas empregatícias.

capital de inúmeras sociedades, direta ou indiretamente, o nosso sistema não permite propriamente uma direção econômica unificada, na medida em que exige a manutenção da autonomia jurídica da sociedade, que está expressa de forma bastante abrangente com a obrigação de controladores, acionistas e administradores de agirem sempre no interesse da companhia. Nos grupos de fato, então, o interesse da sociedade isolada deve ser respeitado, sob pena de configurar abuso do poder de controle e conflito de interesses (art. 246 e 115). Por outro lado, os administradores não podem atuar em prejuízo da companhia, favorecendo sociedade coligada, controladora ou controlada, devendo sempre observar condições comutativas nas operações entre sociedades ou providenciar pagamento compensatório adequado (art. 245).” *In: Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6404/76*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>. Acesso em 08/05/2013, às 10:00.

1.7 A Justificativa Econômica da Responsabilidade Limitada

A autonomia da pessoa jurídica, que permite a responsabilidade limitada dos sócios, é corolário de um sistema societário motivador do investimento de capital. Isso porque, ao conhecer previamente o limite do patrimônio comprometido com a atividade econômica, poderá o sócio-investidor analisar o custo-benefício de empregar aquele valor no risco que está a assumir.

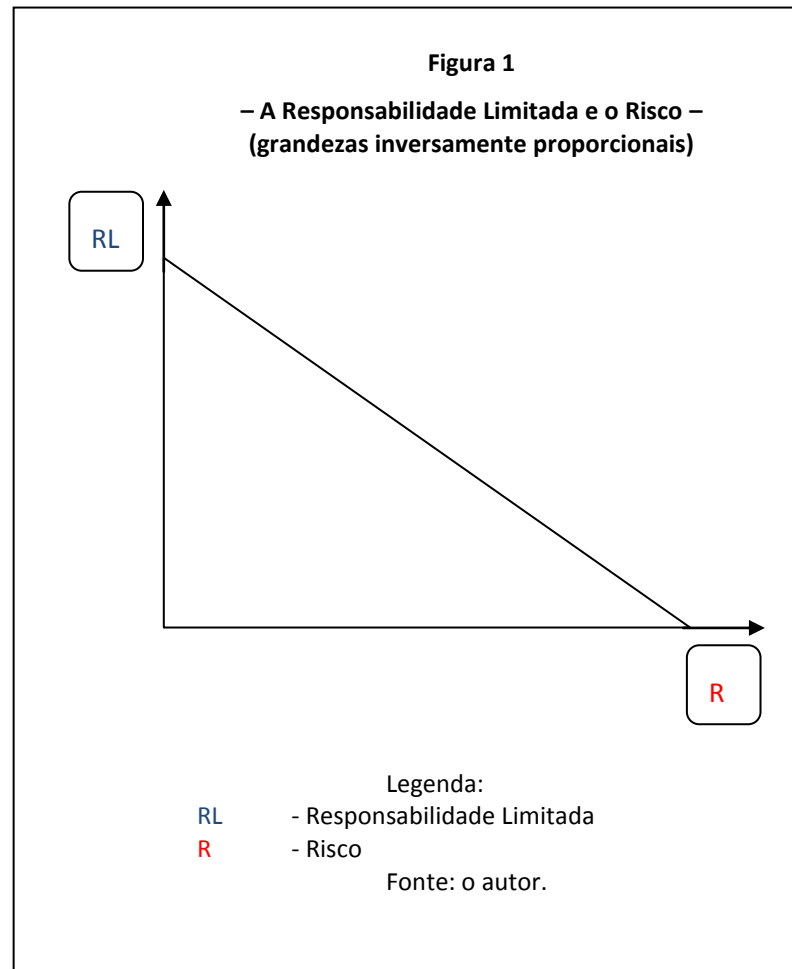
Para uma reflexão econômica do tema, imagine-se que o dono de um navio que intenta aventurar-se no comércio marítimo, sem ter recursos pessoais suficientes para tal atividade econômica, convide três investidores para com ele associarem-se. Se cada investidor souber que o capital que for investido é o limite de sua responsabilidade, terá ele maior propensão a arriscar-se no empreendimento. Se o sócio proprietário do navio souber que em caso de insucesso perderá apenas o navio, também terá informação clara do risco e do limite da sua perda.

Nesse exemplo, havendo pleno insucesso, os quatro sócios terão suas responsabilidades limitadas aos valores investidos e ao navio (no caso do seu proprietário), sem que algum eventual credor possa vir a assenhorear-se de bens e valores que se encontrem com os sócios, em seus patrimônios particulares não investidos na atividade econômica. Quanto mais limitada a responsabilidade, então, menor e mais previsível o risco assumido.

Ocorrendo a hipótese inversa, a saber, se além dos valores investidos e do navio, puderem os demais bens dos sócios ser alcançados para quitação de alguns débitos da sociedade, a dimensão dos custos poderá se tornar incalculável, configurando-se a presente situação como ineficiente, do ponto de vista econômico, em face da assimetria da informação e da externalidade negativa imposta pela imprevisibilidade do que o futuro e o mercado reservam aos seus navegantes.

Com efeito, poder-se-ia afirmar que a responsabilidade limitada, verificada na primeira parte do exemplo, permitiria analisar o custo-benefício de forma bem mais eficiente que aquela verificada na parte final, onde a responsabilidade seria ilimitada e imprevisível. Portanto, considerando a necessidade de fixação de parâmetros mínimos para o cálculo do custo da atividade econômica a que se queira lançar o empreendedor, a responsabilidade limitada apresenta-se de fundamental importância econômica. Não somente porque permitirá o dimensionamento do risco, mas acima de tudo, porque incentivará o empreendedorismo

produtivo, tão necessário à coletividade, ao fincar os limites de responsabilidade pessoal dos empreendedores.



A figura acima demonstra a possível relação entre a responsabilidade limitada dos sócios e o dimensionamento do risco da atividade econômica. Note-se que o gráfico demonstra que quanto mais limitada a responsabilidade dos sócios, menor o risco a ser assumido. Isso se apresenta economicamente eficiente, pois incentiva o investimento em atividade produtiva. Possível afirmar, ainda, que quanto mais próxima da responsabilidade limitada for a atividade, mais incentivo ao empreendedorismo individual em atividade de produção e circulação de bens e serviços.

A ameaça à autonomia da pessoa jurídica, cumulada com a possibilidade generalizada de alcance e oneração de patrimônio pessoal dos sócios, por dívida dela, atenta contra o instinto empreendedor humano, pois retira do investidor a previsibilidade no dimensionamento do risco, o que lhe permitiria estabelecer um limite para as suas eventuais

perdas. Afastada a responsabilidade limitada, não há incentivos à aplicação de recursos pessoais em atividade econômica.

Tal ameaça torna-se qualificada, diante da proliferação de hipóteses objetivas de desconsideração da personalidade jurídica, todas com previsão legal, situações em que o magistrado não pode mensurar a intenção dos agentes econômicos, as circunstâncias, o risco, as causas e nem mesmo o imprevisto. Ou seja, o naufrágio do navio estaria impondo o afogamento de todos os sócios, independente de suas condutas pessoais e o efeito disso no oceano do mercado.⁸⁴

⁸⁴ As metáforas podem humanizar os problemas da vida, recurso interessante utilizado na literatura. No mesmo sentido, o movimento Direito e Literatura, com apoio no pensamento de Ronald Dworkin, defende uma aproximação destes campos do saber, porque tal aproximação se demonstra útil no “processo decisório e interpretativo encontrado no âmbito prático do direito”. Dworkin afirma que “o direito, muitas vezes, torna-se aquilo que os juízes dizem que é”. DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, pág. 2. Tradução livre. Melhor talvez que o direito fosse aquilo que as partes dissessem o que é. Afinal, o consenso relativo através de eventual composição pode abreviar e solucionar o conflito. Por isso, deve ser incentivado pelo Estado-Juiz. Nessa perspectiva, o julgador através de uma conversa franca e direta, utilizando-se, inclusive, de metáforas do cotidiano ou da literatura, poderá fazer-se melhor entender, ao dirigir-se às Partes através de uma linguagem que lhes seja mais familiar do que o vocabulário hermético da ciência jurídica, próprio de seus patronos, vocabulário técnico, mas talvez ineficaz como ferramenta de persuasão e esclarecimento para fins de uma solução negociada da lide. A empresa em situação de crise pode sim ser comparada a um barco prestes a naufragar. Neste sentido, interessante crônica de Luis Fernando Veríssimo conta a história dos naufragos de um transatlântico a aguardar resgate, num bote salva-vidas à deriva no mar já sem provisões. Na falta de comida, concordaram com o canibalismo, mas qual deles seria sacrificado em favor dos demais: os homens ou as mulheres; os idosos ou os jovens; os gordos ou os magros; os acadêmicos ou os iletrados; os crentes ou os ateus; todos, inclusive o cozinheiro, estavam a aguardar o fim do debate que se fazia entre parte dos naufragos, provenientes da primeira classe do navio. A discussão se arrastava sem que elessem critérios (este o nome da crônica) e critérios de consenso para a escolha (racional?) daquele se tornaria insumo (carne, comida) para os outros. Diante do impasse, a maioria (das outras classes) avançou sobre a minoria da primeira classe. O bote salva-vidas virou. Todos caíram no oceano e foram tragados pelos tubarões, “que, como se sabe, não têm nenhum critério”. Do mesmo modo, em situação de crise financeira da empresa, sem critério, sem consenso, se as partes permanecerem a defender os próprios interesses, o resultado será o naufrágio do empreendimento, sendo que todos (devedor, seus eventuais empregados, credores e terceiros eventualmente prejudicados) serão presas do “tubarão” da escassez de recursos, sendo que no oceano do mercado a tendência será a permanência também só de outros “tubarões” (as grandes empresas). VERÍSSIMO, Luis Fernando. “*Crítério*” in: *Peças Íntimas*. 2. ed. São Paulo: L&PM, 1990, pág. 57-59.

1.7.1 O risco do negócio

O risco do negócio, para a Economia, deve ser explanado à luz da teoria da firma. Assim, pela teoria da firma, as sociedades empresárias seriam meios hábeis para maximização da produção e do lucro. Unidades complexas responsáveis pela concatenação dos fatores de produção (trabalho, mão de obra, capital, insumos e tecnologia), para promoção dos bens e serviços disponibilizados cotidianamente. Naturalmente, a decisão pelo empreendedorismo envolve a mensuração do limite do risco que se almeje suportar, na perspectiva da consecução de um lucro que compense a sua assunção.

Porém, tal mensuração demonstra-se tarefa árdua, diante do dinamismo da atividade empresarial que sofre mutação do patrimônio investido, no que diz respeito à variação do faturamento, lucro operacional e líquido, custos do capital, rubricas constantemente influenciadas pelos demais agentes de mercado, como fornecedores, concorrentes e instituições financeiras, por exemplo, além da regulação econômica.

A empresa – atividade negocial – desenvolvida pelo empresário individual ou coletivo não pode mais ser visualizada como uma espécie de “caixa preta”, mecânica e individualmente apta a resultados positivos, inserida em um mercado com tendências utópicas, na perspectiva de condições de concorrência e informações perfeitas. Tal pressuposto teórico teve seu lugar de acordo com a teoria neoclássica quando da revolução industrial britânica, em que se acreditava num possível equilíbrio geral, conforme doutrina desenvolvida por Leon Walras⁸⁵, segundo a qual o lucro conformaria “um resíduo do valor das vendas, depois de remunerados os diferentes fatores de produção”. O capitalista seria considerado preponderantemente como proprietário dos recursos que organizou e pela disposição de tais recursos seria eventualmente remunerado.⁸⁶

Trata-se de uma visão reduzida da atividade empresarial – míope – a focar a maximização do pretenso lucro, a explicar a firma como agente individual, portanto, sem lhe reconhecer o papel de protagonista social. Esse isolamento imposto teoricamente desafiava a

⁸⁵Economista e matemático francês, nascido em 1834 e falecido em 1910. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9on_Walras. Acesso em 25/04/2013, às 13:00.

⁸⁶Nesse sentido, argumenta TIGRE, Paulo Bastos. *In Inovação e Teorias da Firma em Três Paradigmas*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/oldroot/hpp/intranet/pdfs/inovacao_e_teorias_da_firma_em_tres_paradigmaspaulotigre.pdf. Acesso em 16/05/2013, às 16:00.

realidade e negava a atividade negocial como interesse difuso. Assim, a atividade era vista como investimento meramente individual, mas não social. O contexto histórico em que se desenvolveu a denominada firma-propriedade (séculos XVIII e XIX) traduzia o empreendimento dirigido por patriarcas de algumas famílias ou sociedades com um diminuto número de sócios. Um modelo de mercado pouco competitivo e que se assentava na responsabilidade sem limites dos “proprietários” pelas dívidas da firma. Em caso de insucesso patrimonial e instauração de falência, pelo passivo a descoberto responderiam os bens particulares dos sócios. Tal regime de responsabilidade não contribuiu para o incremento das “firmas” e também se opunha à concentração dos mercados.

Tal panorama se modificou substancialmente com as grandes fábricas e sua produção em larga escala. No século XX, uma nova forma de administrar os empreendimentos reclamou uma revisão da teoria da firma. Os avanços tecnológicos relacionados à logística (comunicação e transporte especialmente) permitiram a aproximação dos mercados e a formação de oligopólios relativamente estáveis. A concentração empresarial teve como constatação a redução dos custos de transação. A verticalização de atividades congêneres e a especialização da produção foram resultado de uma “firma” baseada na “divisão do trabalho, mecanização do processo de produção, intercambialidade das partes e administração científica racional”.⁸⁷ A firma-propriedade foi então, paulatinamente, sendo substituída pela firma-gerencial, apta à produção multifacetada, polivalente.

Essa sociedade de massas passou a reclamar a intervenção estatal para coibir os abusos dos oligopólios. Por outro lado, a firma, diante de seu protagonismo, repercussão e importância social perdeu a feição de elemento estático do mercado, para tornar-se elemento determinante e condicionador do mercado.⁸⁸

⁸⁷ Assim, sintetiza TIGRE, Paulo ao descrever o que mais tarde se cognominou de fordismo-taylorismo.

⁸⁸ Nessa perspectiva, TIGRE, Paulo elencou três linhas de pensamento: “(i) Concepção de Firma organização: Os behavioristas Simon, Cyert e March veem a firma como uma ação coordenada entre indivíduos e grupos. Para assegurar a sobrevivência da firma e seus membros tornou-se necessária a conversão do conflito em cooperação, a mobilização de recursos e a coordenação de esforços.

(ii) Concepção de Firma Instituição: segundo Hodgson (1988), os chamados ‘velhos institucionalistas’ vão além da visão organizacional, incorporando a dimensão social (sistema político, social e jurídico na qual a firma se insere e que limita sua metamorfose). Isso inclui sistemas de propriedade, relações com bancos, condições de produção e de mercado.

(iii) Concepção de Custos de Transação e os novos institucionalistas: Coase (1937) introduziu novas questões sobre a natureza da firma, passando a considerá-la uma forma particular de organização econômica, ou seja, um arranjo institucional alternativo ao mercado. A questão fundamental colocada por Coase, e mais tarde desenvolvida por Williamson, é: ‘Por que a firma existe? [...] Williamson constrói uma teoria dos custos de transação que acaba por constituir uma referência central da teoria da firma. Ele atribui importância às estruturas de propriedade, mas reduz as dimensões históricas e sociais das instituições, mantendo certos aspectos da

A firma – para a Economia – ou empresa – para o Direito – constituiu-se e constitui-se em fato relevante, indissociável da realidade moderna, interesse difuso por congregar ou atrair, de forma concomitante, interesses de vários setores da sociedade (empresários, consumidores, trabalhadores, investidores e Estado-fisco). E se é maximização não só do lucro, mas a maximização da atividade que irá gerar benefícios à coletividade, naturalmente há que se pensar na socialização do risco da atividade, no sentido de se racionalizar o insucesso da atividade, com mecanismos que sejam capazes de minorar os prejuízos de um negócio que eventualmente seja desmantelado.

Isso se projeta na constatação de grandes empreendimentos, em que mais uma vez a limitação da responsabilidade patrimonial tende a circunscrever-se ao capital investido. Por outro lado, a estrutura mantida pelos grandes empreendimentos deve prevenir ou, necessariamente, antever as oscilações de mercado. Um indicativo de tal preocupação paira presente em nossa lei de sociedades anônimas, quando se determina que “No balanço, os elementos do passivo serão avaliados”, dentre outros critérios, pelas “obrigações, encargos e riscos, conhecidos e calculáveis” (art. 184, da LSA).

Em tempos de economia globalizada, a pulverização do risco emerge como fenômeno natural.⁸⁹ O risco como algo inerente à vida em sociedade, mensurável tecnicamente, potencializou-se e também se demonstra presente em relação à atividade econômica, hoje, sobretudo, pelas benesses das tecnologias de informação, mas também pelo desafio da aproximação de mercados.

A busca por níveis aceitáveis de risco, pelo caminho da uma mais eficiente administração, é papel indeclinável não somente do economista, mas de todos os atores sociais, especialmente daqueles que lidam com a solução última decorrente da ocorrência do risco, a saber, os legisladores e os operadores do direito. Evitar o risco ou reduzi-lo a zero não é possível, como salientado na citação retromencionada, todavia, é possível administrá-lo com

microeconomia padrão. Sua análise sobre integração vertical da produção destaca o potencial de coordenação da firma em função de falhas de transação no mercado, diante da possibilidade de comportamento oportunistas dos agentes.” Loc. cit.

⁸⁹Nesse sentido, ensina Marcelo Dias Varella: “A reação face aos riscos pelos principais atores sociais: executivo, judiciário, ministério público, empresas organizações da sociedade civil tem sido objeto de estudo por diversos autores há alguns anos. Alguns defendem a mobilização de forças por parte dos diferentes atores para minimizar os possíveis impactos negativos de novos riscos [...] não há como evitar os riscos ou iniciar uma busca incessante por um nível zero de riscos, mas sim procurar administrar os riscos inerentes à própria sociedade reflexiva, procurando níveis aceitáveis. Percebe-se nos ordenamentos jurídicos internos e no direito internacional a criação de instrumentos concretos para absorver e legitimar as preocupações com a geração de novos riscos.” *In Governo dos Riscos*. Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo dos Riscos; org. Marcelo Dias Varella. Periódico editado pelo Uniceub, Unitar e EuropeAid. Brasília, 2005, pág. 135.

eficiência, ou, no mínimo, regular suas consequências de forma clara, para permitir ao titular da firma o cálculo do custo necessário para suportar as eventuais ocorrências indesejadas.

A fórmula utilizada para enfrentar o risco pautará sua dimensão e o custo do seu financiamento, ao mesmo tempo em que indicará se a oportunidade de investimento é plausível. Não se pode olvidar que as informações, hodiernamente, são cosmopolitas. A internet democratizou o acesso à informação, de modo que não há como encobrir direitos e obrigações, decisões casuísticas, imprecisões de aplicação das normas, desrespeitos aos contratos. Fixada uma forma para enfrentamento do risco, deve ela ser respeitada, sob pena da instabilidade da aplicação da fórmula jurídica converter-se em instabilidade do próprio mercado, situação que sempre imporá aumento do custo, ante a volatilidade do risco.

Em suma, se a forma de administração do risco reconhecer a separação patrimonial e de responsabilidade entre o titular da empresa e ela, essa será uma realidade que limitará o risco e, portanto, incentivará a atividade econômica a um menor custo; promoverá e incentivará, então, o investimento em atividade produtiva, o empreendedorismo. Se tal administração confunde os patrimônios, impondo responsabilidade ilimitada aos empreendedores, essa será uma realidade que tornará ilimitados o risco pessoal e a responsabilidade patrimonial do empreendedor e, portanto, inibirá a atividade econômica, impondo um maior custo, afugentando o investimento em atividade produtiva, lançando os capitais privados individuais à atividade especulativa, financeira, diante de maiores garantias de retorno, ao menos do capital investido.

Na primeira situação, em que se limita a responsabilidade, o investimento e o risco são do empreendedor individualmente considerado, enquanto a atividade reverterá em favor dele, investidor, e também da coletividade (empregos, concorrência, aprimoramento de produtos e serviços, tributos etc.). O risco, nesta hipótese, é diluído entre todos os beneficiados pela atividade empresarial, ou seja, será suportado pela coletividade.

Na segunda situação, apesar do benefício coletivo decorrente do empreendimento, o investimento, o risco e a responsabilidade seriam exclusivos do empreendedor individual (para além da responsabilidade da pessoa jurídica). Tal situação conduziria a um de dois comportamentos possíveis: 1) não haveria investimento em atividade produtiva, ante a possibilidade de perda ilimitada de patrimônio, impossibilitando o dimensionamento do risco; 2) todo o risco tornar-se-ia custo, elevando sobremaneira o preço final e, ante a economia globalizada, não haveria competitividade que sustentasse a empresa no mercado, por efeito da assimetria de tratamento dispensado a seus nacionais empreendedores na economia global.

1.7.2 Os custos do negócio

A par da conclusão possível de que a empresa seja organismo social de relevância mundial para a microeconomia, a maximização do lucro continua sendo elemento primordial para a explicação do comportamento dos empreendedores. Nessa perspectiva, ensinam os economistas que o cálculo do lucro se estima pela mensuração da receita total diminuída do somatório do custo total. A receita total em relação a uma sociedade empresária que comercialize determinado produto, por exemplo, seria alcançada pela multiplicação da quantidade de unidades do produto produzido pelo preço de cada um. Por outro lado, para o cálculo do custo total, necessário um raciocínio mais elaborado, partindo-se do pressuposto de que “o custo de alguma coisa é aquilo de que você desiste para obtê-la”.⁹⁰

Por essa linha de raciocínio, além dos custos explícitos, representados pelos valores pagos pelos insumos do negócio, os economistas analisam também custos implícitos – os denominados custos de oportunidade – correspondentes a outras opções de investimento, por exemplo. Isto é, deve-se avaliar o que seria mais vantajoso, do ponto de vista econômico, para se escolher entre duas opções: a) especular no mercado financeiro ou b) inserir-se produtivamente em determinado mercado. Ao optar-se pela organização produtiva, estima-se que a especulação financeira seja menos vantajosa do ponto de vista atuarial e matemático.

O conceito de custo implícito, que tem como forte exemplo o custo de oportunidade, e que corresponde ao custo que não exige o desembolso de dinheiro de forma imediata para a manutenção do empreendimento, ultima por diferenciar a avaliação efetuada por contadores e economistas em relação ao patrimônio de determinada sociedade. Os contadores preocupam-se com as operações efetivamente realizadas, enquanto os economistas computam as que potencialmente poderiam ser realizadas.⁹¹

Com efeito, é possível a diferenciação entre lucro econômico e lucro contábil, pois no último caso não se deduz o custo implícito. O custo do aporte de capital a ser integralizado numa determinada sociedade constitui exemplo de custo implícito, pois o capital integralizado

⁹⁰MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2005, pág. 269.

⁹¹ “Essa distinção entre custos explícitos e custos implícitos aponta para uma diferença importante entre as maneiras como os economistas e os contadores analisam as empresas. Os economistas estão interessados em estudar como as empresas tomam decisões de produção e de determinação de preço. Como essas decisões se baseiam em custos tanto explícitos como implícitos, os economistas incluem os dois tipos ao calcular o custo das empresas. Os contadores, por outro lado, têm por função acompanhar o fluxo de dinheiro que entra e sai da empresa. Por isso, eles medem os custos explícitos, mas geralmente ignoram os implícitos.” Idem.

poderia ser investido numa aplicação financeira, sendo que os juros em perspectiva advindos de tal aplicação (que não foi possível em virtude da integralização) poderia ser considerado como custo implícito.⁹²

A noção de custo implícito torna-se importante para o presente estudo, pois o incremento do risco da atividade empresarial, com a eleição de hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, meramente objetivas, pelo legislador, pode significar - a par da proteção que se almeje em relação aos credores - um desestímulo ao exercício da atividade empresarial.

É que a possibilidade de perda do patrimônio pessoal que supere o capital já investido na empresa apresentar-se-á como custo implícito na tomada da decisão empreendedora. Se a responsabilidade extra decorre de hipóteses objetivas de responsabilização pessoal dos indivíduos empreendedores, maior o custo implícito; se decorre apenas de situações em que se demonstre responsabilidade subjetiva dos indivíduos, menor o custo implícito; nessa última hipótese, se é fixado um momento e situação específica para tal responsabilização (por exemplo, somente em caso de falência), menor ainda o custo implícito, além de um tratamento econômico mais eficiente.

A especificidade do direito empresarial, como conjunto de normas regulamentadoras da atividade econômica, agrega a ideia de que o fato atividade econômica ou empresarial, necessariamente, ocasionará custos para quem estiver disposto a desenvolvê-la (o empresário e a sociedade empresária), mas, ainda que indiretamente, também gerará custos para o restante da sociedade.

A construção de uma hidrelétrica, por exemplo, exigirá o exaurimento de determinadas matérias-primas e ultimar-se-á a demanda por investimentos em infraestrutura, além do deslocamento de populações, o remanejamento de espécies da fauna e da flora, por

⁹² MANKIW, Gregory. De forma didática imagina o seguinte exemplo: “Suponhamos, por exemplo, que Helen tenha usado \$ 300 mil de suas economias para comprar a fábrica de biscoitos do proprietário anterior. Se ela tivesse deixado o dinheiro em uma conta de poupança a juros de 5% ao ano, ganharia \$ 15 mil por ano. Portanto, para ser proprietária da fábrica de biscoitos, Helen abre mão de \$ 15 mil em renda de juros por anos. Esses \$ 15 mil de que ela abre mão são um dos custos de oportunidade implícitos do negócio de Helen [...] Um economista verá os \$ 15 mil em renda de juros de que Helen abre mão a cada ano como um custo de sua empresa, muito embora seja um custo implícito. O contador contratado por ela, contudo, não lançará esses \$ 15 mil como custo porque não sai dinheiro da empresa para pagar por eles.” Op. cit., pág. 270

exemplo. Em perspectiva, portanto, há o gerar de custos sociais, os quais poderão ou não ser compensados pelos benefícios do referido empreendimento.⁹³

A mensuração de proporcionalidade entre os custos e os benefícios sociais poderá tornar-se tarefa bastante complexa. O superávit seria a medida ideal; entretanto, alguns agentes econômicos auferem menos benefícios do que os custos correlatos para o desenvolvimento da atividade. Quando isso ocorrer, contextualizar-se-á hipótese do que a teoria econômica denomina de externalidade.

A externalidade pode ser definida como todo e qualquer efeito decorrente da atividade de um agente econômico, que venha a repercutir positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, sem a correspondente compensação.⁹⁴ Nesse sentido, tomando-se o exemplo acima, uma externalidade positiva seria o incremento do comércio nas regiões a circundar a obra, o que favoreceria a população local. Por outro lado, uma externalidade negativa corresponderia à extinção ou comprometimento da ictiofauna de um rio, com a inundação e represamento necessários para a formação do lago gerador de energia elétrica.

Há, dessa forma, “efeitos colaterais” relacionados a qualquer atividade econômica. “Diz-se que existe externalidade toda vez que o consumo ou a produção de um bem por alguém afeta a satisfação de outra pessoa fora do mercado”⁹⁵. O grande desafio, diante de tais efeitos colaterais, será a produção de normas jurídicas capazes de compensar ou mitigar as denominadas externalidades negativas, ou seja, a internalização da economia, conforme Fábio Ulhôa⁹⁶ ou, ainda, como defende Marcelo Varella, “administrar os riscos inerentes à própria sociedade reflexiva, procurando níveis aceitáveis”⁹⁷.

O professor Arthur Cecil Pigou construiu o conceito de “dividendo nacional” e sugeriu a intervenção estatal quando as forças de mercado não fossem, por si, capazes de equilibrar os

⁹³ Tal exemplo se inspira na polêmica sobre a construção e operacionalização da Usina Elétrica Belo Monte, no Estado do Pará. A construção com custo estimado em 26 bilhões de reais e com previsão de início de operação em 2015, mas com o prolongar das obras até 2019. Fonte: Ministério das Minas e Energia (2011) *Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: Fatos e Dados*. Acesso em 30/08/2012.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhôa, op. cit., pág. 33.

⁹⁵ In *O Conceito de Externalidades e as Raízes do Pedágio Urbano na Teoria Econômica* de autoria de GUIMARÃES, Thiago. Disponível em <http://pralaepiraca.files.wordpress.com/2008/10/rtp-117-thiago-guimaraes.pdf>. Acesso em 30/05/2013, às 14:00.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhôa, op. cit., pág. 34.

⁹⁷ In *Governo dos Riscos*. Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo dos Riscos; org. VARELLA, Marcelo Dias. Periódico editado pelo Uniceub, Unitar e EuropeAid. Brasília, 2005, pág. 135.

custos e os benefícios sociais de determinada atividade econômica. O expediente hábil para tal intervenção seria o sistema tributário.⁹⁸

Em oposição a Pigou, Ronald Coase defendeu que o enfrentamento das externalidades não deveria ser considerado apenas na fonte, mas sim em sua totalidade, pois eventual sanção aplicada ao agente econômico causador do dano (ou externalidade negativa) poderia não redundar em benefício econômico geral.^{99 100}

Pigou e Coase, portanto, opuseram-se à necessidade e forma de intervenção do Estado, no que diz respeito ao arrefecimento ou afastamento de eventuais externalidades negativas ligadas à atividade empresarial.

De acordo com o pensamento de Pigou (idealizador da economia de bem-estar), o dirigismo estatal deveria ser preponderante, “cabendo-lhe definir e dimensionar os custos sociais e impor a compensação aos agentes econômicos”.¹⁰¹

Para Coase (inspirador da teoria da análise econômica do direito), por outro lado, a intervenção estatal seria coadjuvante, pois a eficiência do sistema econômico poderia ser alcançada pelas próprias forças de mercado, em que inserida a possibilidade de transação dos custos, pois ao Estado caberia a produção de normas jurídicas, especialmente as tributárias, que fossem espelho do “mercado de competição perfeita (*Law as market mimiker*)”.¹⁰²

O pontuar mínimo de tais teorias se faz essencial, para que seja possível a compreensão de que o legislar, na busca do enfrentamento das referidas externalidades, poderá ocasionar o incremento dos custos de determinada atividade produtiva. Fábio Ulhoa

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., pág. 35, transcreve o raciocínio de Pigou: “Economistas de filiação pignoriana propõem que se proceda ao cálculo dos custos sociais e sua comparação aos custos individuais, em relação a cada atividade econômica. Esta operação, se resultasse em diferença, revelaria a existência de uma externalidade, que o estado internalizaria do seguinte modo: sendo a diferença em desfavor da sociedade (isto é, se os custos sociais fossem maiores que os individuais), ele seria credor, e o empresário deveria pagar um tributo; no caso inverso, o estado seria devedor e o empresário teria direito a isenções ou incentivos.”

⁹⁹ GUIMARÃES, Thiago, arremata: “Se os *custos de transação* forem relevantes, deve-se checar se o ganho de remover a externalidade é maior que os custos de transação em si. Por isso, nem sempre a melhor solução é cobrar do causador da externalidade negativa o ressarcimento do prejuízo e desprezar as condições de mercado em que os atores econômicos se encontram. Quando muitas pessoas são afetadas, o problema se torna bem mais complicado. Coordenar todas as partes envolvidas pode ser muito dispendioso, obter a cooperação de todos os agentes pode ser difícil e chegar ao acordo final pode ser, quando possível, custoso demais. Transações só serão levadas a efeito, se o ganho social da remoção for maior que o custo que a sociedade arca para chegar até ela. Em tais casos, o governo se torna um ator essencial. Disponível em <http://pralaepiraca.files.wordpress.com/2008/10/rtp-117-thiago-guimaraes.pdf>. Acesso em 30/08/2012.

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., pág. 36.

¹⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa, loc. cit.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., pág. 36.

cunhou a expressão direito-custo ao defender que algumas normas jurídicas, nitidamente, interferem no custo do empreendimento, dentre as quais se destacam aquelas relacionadas à carga tributária.¹⁰³

A partir da compreensão de que o direito empresarial está impregnado de normas jurídicas de direito-custo, há o desafio de investigar em que medida a desconsideração da personalidade jurídica cumpriria o papel de cláusula geral, de modo a contextualizar, nos casos concretos, a eficiência econômica das decisões judiciais que a encampassem (pretensão dos que defendem a análise econômica do direito) ou, de outro lado, se referida cláusula geral, sobretudo ao prever hipóteses de desconsideração objetiva, significaria externalidade negativa a reprimir a possibilidade de transação e funcionar como mecanismo, ainda que imperfeito, de intervenção estatal na atividade empresarial (como defendem os partidários da economia do bem-estar).

A pesquisa, assim desenvolvida, abordará o quanto a objetivação dos casos de desconsideração da personalidade jurídica pode contribuir para o desestímulo da atividade empresarial. O risco da responsabilidade individual plena de cada sócio pode afastar o investimento do capital em atividade produtiva e incentivar a especulação improdutiva (natural custo implícito que se torna). E uma legislação protetiva unilateral e de cunho social pode, na outra ponta da relação jurídico-empresarial, sacrificar aquele indivíduo que intenta investir seu patrimônio em atividade de produção e circulação de riqueza.

Toda essa realidade normativa deve ser abordada no contexto econômico capitalista, com fundamento na livre iniciativa, princípio apregoado nos art. 1º, inc. IV, e 170, *caput*, da CF, opção ratificada pela regra de exclusão da participação direta do Estado na atividade econômica, conforme seu art. 173, e a garantia da propriedade privada para fins de exploração individual (art. 5º, inc. XXII) ou de exploração econômica (art. 170, inciso II). Além do compromisso fundamental assumido pela República Federativa do Brasil, cujos objetivos são traçados no artigo 3º da CF, de garantir a promoção do desenvolvimento nacional (inc. II), erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III), construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I), que promova o bem de todos, sem

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhôa assevera: “Nota-se que algumas normas jurídicas representam, para o empresário, um importante elemento de custo. São desta natureza, por exemplo, grande parte das normas de direito do trabalho (...), de direito tributário (quando relacionadas a tributos do interesse da empresa), de direito previdenciário (as referentes às contribuições do empregador e, também, as do empregado), ambiental, urbanísticos e outros. Por evidente, também o direito comercial integra esse grupo de ramos jurídicos, cujas normas podem influir nos custos da empresa.”, op. cit., pág. 37-38.

preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV). A contextualização da locução da “outras formas de discriminação” permite inserir em seu universo semântico as expressões “sem preconceito de classe econômica” ou “sem preconceito de interesse em investir (ou por ter investido) em atividade econômica”.

1.7.3 Incentivo ao empreendimento, sobretudo dos pequenos negócios

Ao final deste primeiro capítulo, necessária uma abordagem da autonomia da pessoa jurídica como incentivo ao empreendedorismo, à democratização do capital e à mobilidade social, especialmente em relação aos pequenos negócios.

Como explicitado na parte final do tópico anterior, ao Estado Brasileiro o art. 3º da CF impõe objetivos específicos. São eles: 1) garantir a promoção do desenvolvimento nacional (inc. II); 2) erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III); 3) construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); e, promover o bem de todos (inc. IV). Nos quatro incisos mencionados, encontramos comandos constitucionais que determinam uma atividade estatal promotora da mobilidade social, o que está implícito nas palavras: desenvolvimento (inc. II), erradicação e redução de desigualdades (inc. III), construção da solidariedade social (inc. I) e promoção do bem individual (inc. IV). O Estado Brasileiro e, portanto, todo o seu sistema normativo, deve ter o compromisso com a mobilidade social.

Promover a mobilidade social é o ponto que tem trazido discussões que levam ao estudo de temas como o ora proposto. Na presente dissertação, a defesa da autonomia da pessoa jurídica, da responsabilidade limitada e da restrição da desconsideração da personalidade jurídica a hipóteses subjetivas visa sugerir um sistema normativo (e de interpretação/aplicação dele) que busque promover tal mobilidade.

Ao se estabelecer o objetivo do desenvolvimento, com erradicação da pobreza combinada com a redução das desigualdades sociais, a leitura possível é a da necessidade de aproximação das mais baixas classes sociais àsquelas mais privilegiadas. Em uma linguagem empresarial, de se permitir que pequenos negócios se instalem e desenvolvam em um cenário propício e propiciador da ascensão econômica (e, por consequência, da social). Não se cogita aqui, no cenário econômico-empresarial, de se tirar de alguém (o rico) para se distribuir a outrem (o pobre), ou seja, não se especula com critérios de isonomia, igualdade ou de solidariedade a promover a escalada social, linguagem e função próprias das ciências políticas e sociológicas. O que se busca aqui é uma abordagem do tema dentro dos contornos da AED, ou seja, a perseguição de uma fórmula de organização empresarial que permita a produção,

abordagem e aplicação eficiente das normas que regulam a responsabilidade dos empreendedores, senão a promover a redução das desigualdades sociais (e econômicas), ao menos a possibilitá-la.

Nos limites do que se discute no presente trabalho, o ponto a ser destacado é a higidez do princípio da autonomia patrimonial (e, por consequência, a responsabilidade limitada dos sócios do ente coletivo como princípio correlato) e a flexibilização de tal autonomia através da técnica da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, última alternativa que se buscará de forma excepcional, no momento da falência, e, ainda assim, se antes o microssistema contido na LFRE não for capaz de debelar a situação de crise da empresa através de outros mecanismos, como, por exemplo, eventual acordo na fase pré-falimentar. Os mecanismos de superação da crise da empresa são fatores de estímulo ao empreendedorismo econômico, crucial para os pequenos negócios e promotor da mobilidade social tendente à redução das desigualdades sociais e econômicas.

Sob o risco da responsabilização ilimitada, serão justamente os pequenos empreendedores os mais prejudicados, propensamente sujeitos à ruína financeira. Primeiro, porque a possibilidade de calcular os custos explícitos e implícitos do negócio é reduzidíssima para os empreendedores de menor capital, por várias razões: a baixa escolaridade; ausência de capital para adquirir informações sobre o mercado; a quase total ausência de conhecimento das implicações jurídicas da atividade empresarial. Estes são fatores que subvertem a inocente ótica do pequeno empreendedor, frustrando suas expectativas de ganho e, se os resultados nefastos do negócio alcançarem o patrimônio pessoal do pequeno empreendedor, o fosso de desigualdade social ganhará mais alguns metros de profundidade.

Apesar do discurso quase unânime na defesa dos pequenos negócios, dos microempreendedores e das microempresas, o fato é que, do ponto de vista da autonomia da personalidade jurídica e da responsabilidade pessoal dos sócios empreendedores, nenhum tratamento diferenciado é previsto para o empreendedor individual, micro, pequena, média ou grandes empresas.

Políticos, sociólogos, economistas, tributaristas e juristas, em sua maioria, apoiam a existência de um cenário econômico, tributário e jurídico diferenciado para os micro investidores, com o objetivo de se criar um quadro de igualdade de oportunidades para quem queira lançar-se ao risco da atividade econômica. Tal quadro propiciaria, inclusive, inserção e ascensão social, além da distribuição da riqueza, democratização do capital, do investimento e do livre acesso à atividade econômica.

A questão da manutenção do princípio da autonomia patrimonial ou da eficiência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica apenas na excepcionalidade da falência será mais profundamente analisada nos capítulos seguintes. Se o respeito à autonomia da pessoa jurídica é essencial para que haja estímulo ao investimento, quando se trata de pequenos negócios, tal essencialidade se potencializa, pois, se os médios e grandes empreendedores serão desestimulados a realizar investimentos, quando ocorre a responsabilização pessoal superar a responsabilidade limitada, quanto mais os pequenos. Se a responsabilização ilimitada dos médios e grandes investidores pode impor perdas substanciais aos seus patrimônios pessoais, no caso dos pequenos, importará, certamente, a eliminação total do patrimônio pessoal.

Considerada a assimetria entre pequenos, médios e grandes investidores, fácil constatar que o risco da atividade econômica será o mesmo para todos, porém as consequências de eventual insolvência serão bem mais ruínas para o pequeno. Nesse quadro, a responsabilidade limitada será garantia indispensável ao exercício da atividade econômica pelos pequenos empreendedores. Sem tal garantia, o pequeno não se arriscará a realizar um investimento que poderá lhe retirar parte de seu patrimônio, mas sim se precipitando no abismo da perda total de patrimônio.

A legislação infraconstitucional, por meio da LC 123/06, estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, visando dar ao micro e pequeno empreendedor um tratamento administrativo, tributário e econômico diferenciado das demais empresas. Basicamente, considerou empresas de pequeno porte aquelas cujo faturamento anual não ultrapassasse R\$ 360.000,00.

Apesar das inovações trazerem benefícios fiscais, desburocratização, incentivo ao empreendedorismo e à formação e informação aos pequenos investidores, descuidou-se o legislador de reforçar a autonomia da pessoa jurídica, a autonomia patrimonial e a autonomia de responsabilidade, não se reafirmando a responsabilidade limitada desses investidores, o que seria mais um incentivo.

Na linha da responsabilização limitada, a Lei 12441/11, como já mencionado anteriormente, criou o instituto da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a EIRELI. A ideia inicial era trazer para a formalidade os microempreendedores individuais informais, a exemplo dos tapeceiros, mecânicos, estofadores, vendedores ambulantes, dentre outros.

A leitura da proposta do então PL 4605/09¹⁰⁴ não deixa dúvidas quanto a isso, porque não trazia um limite mínimo para o capital social e um mínimo – repise-se - relativamente elevado para a grande maioria dos pequenos empreendedores, os quais poderão optar por continuar a formalizar “sociedades-de-faz-conta”, referidas na justificativa daquele PL e entendidas como aquelas em que figuram como sócios pessoas com um percentual insignificante do capital social, por exemplo, de 1%, e que não têm ingerência sobre o desenvolvimento do objeto social, pois são, na verdade, pseudo-sócios.

Os pequenos empreendedores, que não alcançarem a renda mínima para constituição do empreendimento como EIRELI, poderão, constituir sociedades faticamente fictícias como primeira alternativa, para limitarem sua responsabilidade; podem, por outro lado, decidir-se pela empresa individual, caso em que poderão responder ilimitadamente pelas dívidas contraídas em função da atividade de empresário. Uma terceira via seria continuar na informalidade, sem regularizar os postos de trabalho de seus colaboradores subordinados, sem recolher tributos e também sem a segurança jurídica que a formalização poderia proporcionar.

Para os pequenos empreendedores individuais, formalizados ou não formalizados, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, pois a confusão patrimonial autorizará aos credores não satisfeitos requererem a constrição de tantos bens quantos bastem para a satisfação de seus créditos, sendo que, indistintamente, na perspectiva de um patrimônio deficitário, poderão ser contristados bens utilizáveis no empreendimento ou bens de uso particular.

A responsabilidade limitada do empresário individual, independentemente de constituição de uma sociedade empresária, seria o grande atrativo para a regularização do pequeno negócio. A legislação inovou a ponto de reconhecer uma dupla personalidade jurídica da EIRELI, considerando-a, ao mesmo tempo, pessoa natural, quando lida com negócios particulares, pessoais ou familiares, e pessoa jurídica quando desempenha sua atividade com fins lucrativos, empresarial e econômica, portanto.

Assim, em princípio, um ente coletivo poderia constituir uma EIRELI, pois a lei não excluiu expressamente tal possibilidade. Tal interpretação poderia facilitar os investimentos e a internalização de capital estrangeiro, “pois as sociedades estrangeiras ou transnacionais poderiam constituí-las como assemelhadas à subsidiária integral, sem, todavia, submeter-se ao

¹⁰⁴ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=631421&filename=Tramitacao-PL+4605/2009. Acesso em 25/08/2013, às 8:00.

rígido controle”¹⁰⁵ da LSA. O Conselho da Justiça Federal, através de seu centro de estudos jurídicos, encampou tal entendimento ao declarar que a EIRELI não se tratava de sociedade unipessoal prevista na LSA, na figura da subsidiária integral, nos termos dos arts. 251, 252 e 253, nem empresário, conforme o art. 966, do CC. Neste sentido, é o enunciado n. 3 da 1ª Jornada de Direito Empresarial.¹⁰⁶

O legislador reconheceu expressamente a necessidade de motivar o pequeno negócio, criando a figura da EIRELI, todavia o fez excluindo justamente o pequeno investidor da possibilidade de se firmar formalmente no mercado. E isso porque a Lei 12441/05 exigiu um capital social inicial mínimo de 100 (cem) salários mínimos, o qual deverá ser completamente integralizado antes do início da atividade. Em números de hoje, somente pode constituir-se como EIRELI o microempreendedor que puder depositar na conta da empresa o valor mínimo de R\$ 67.800,00, antes de iniciar a atividade empresária¹⁰⁷. Valor bastante elevado para os padrões da economia nacional.

Juridicamente, não haveria incompatibilidade absoluta entre a EIRELI e o microempreendedor, figura definida pela sigla MEI – microempreendedor individual, conforme disposto no art. 18-A, da LC 123/06, assim caracterizado pela renda bruta anual não superior a R\$ 60.000,00. Entretanto, se alguém se dispusesse à atividade empresarial e individualmente pudesse investir numa EIRELI (no mínimo R\$ 67.800,00), poderia projetar para o primeiro exercício a meta de lucrar a quantia de R\$ 60.000,00. Por estimativa poderia ser auxiliado nos cálculos pela calculadora do cidadão disponibilizada pelo BACEN, no verbete “Valor futuro de um capital”, nos termos seguintes (vide figura 2).

¹⁰⁵ MAY, Yduan de Oliveira. *EIRELI: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno*. Amicus Curiae. V. 9, N. 9 (2012), 2012. ISSN 2237-7395. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/877/831>. Acesso em 25/08/2013, às 08:00.

¹⁰⁶“Enunciado 3. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.” Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>. Acesso em 25/08/2013, às 8:00.

¹⁰⁷ O capital social representa o patrimônio inicial do empreendimento. Em caso de resultados positivos, e a depender de projeções para o futuro, existem diversas fórmulas para estimar o valor da empresa. Tal processo a matemática financeira denomina de “Valuation”, sendo certo que, dentre os métodos possíveis, “o fluxo de caixa descontado e o lucro econômico descontado são os mais precisos, embora mais complexos de se implantar. Não há método exato, pois os cálculos são baseados em previsões e estimativas. O que se pode é tentar reduzir incertezas e, com isso, o grau de risco. Analisando as variáveis de cada modelo, é possível direcionar esforços da empresa para melhorar seu desempenho e consequentemente aumentar seu valor patrimonial”. KATO, Jerry. *Curso de Finanças Empresariais*. São Paulo: MBooks, 2012, pág. 295-306.

Figura 2. Empreender ou Investir?

| Simule o valor futuro de um capital | |
|-------------------------------------|------------|
| Número de meses | 12 |
| Taxa de juros mensal | 5,424550 % |
| Capital atual | 67.800,00 |
| Valor obtido ao final | 127.800,00 |

Fontes: BACEN e o autor.

Pela figura 2, percebe-se que alguém que dispusesse da quantia mínima exigida para compor uma EIRELI, para alcançar uma renda bruta, no primeiro ano, equivalente a R\$ 60.000,00 (limite para o enquadramento do MEI), deveria projetar para seu negócio uma taxa mensal de crescimento superior a 5%. Ora, a poupança tem rendimento de 0,5% a.m. mais a TR; a taxa Selic não tem ultrapassado 1% a.m., fundos de renda fixa e outros investimentos, nem a bolsa projetam resultados que alcancem 5% a.m. Assim, se as instituições financeiras e as corretoras especializadas não conseguem oferecer uma taxa tão rentável, seria ingenuidade ou ignorância qualificada, porque não dizer irracionalidade, empreender, apesar dos riscos de insucesso da atividade, e não especular, investir em operações com retorno garantido, algumas operações, inclusive, com isenção de imposto de renda. Em conclusão, não se demonstra factível que um MEI, pelo menos no início de suas atividades, opte pela estrutura da EIRELI. A idéia é exatamente a de superar os ganhos do mercado financeiro, eis que a atividade produtiva é arriscada.

O Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) n. 4.637¹⁰⁸ que questiona a validade da vinculação do capital social mínimo para a constituição de uma EIRELI a quantidade de salários mínimos, tendo em vista a parte final do art. 7º, inc. IV, da CF, que esclarece a abrangência do salário mínimo e, expressamente, proíbe “sua vinculação para qualquer outro fim”, vale dizer sua eleição como um indexador de operações econômicas. Alexandre de

108

Para mais detalhes, confira-se: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4637&processo=4637>.

Moraes¹⁰⁹ anota precedente do STF em que se decidiu pela inconstitucionalidade de lei municipal que vinculava o valor de multa administrativa ao salário mínimo (STF, ADIN 1.425-PE – DJU de 26/03/1999). Logo, se eventualmente o valor estipulado para o cálculo do patrimônio social da EIRELI ainda que indiretamente escalone eventual taxa administrativa, defensável a tese de inconstitucionalidade. Por outro lado, o CJF, através do enunciado n. 4, sinalizou, indiretamente, a constitucionalidade da EIRELI, ainda que com capital social mínimo atrelado à quantidade de salários mínimos, quando destacou que o critério da quantidade de salários mínimos serviria para caracterizar a EIRELI somente quando de sua constituição, sem efeitos futuros.¹¹⁰ Seja como for, no aguardo do julgamento da ADIN pelo STF, talvez mais produtora fosse revogar a limitação do teto mínimo para o capital social ou até estabelecer um teto máximo, tendo o espírito da lei que deveria favorecer os pequenos empreendedores.

Por oportuno, saliente-se que, se a proposta inicial não tivesse sido desvirtuada, exatamente com o estabelecimento de um teto mínimo para o capital social da EIRELI, os pequenos empresários poderiam optar pela nova estrutura, limitando suas responsabilidades, em caso de eventual insucesso do empreendimento. É defensável, por esta linha de raciocínio, a redação do § 4º, do art. 980-A, do CC, que revelava uma preocupação com o não comprometimento do patrimônio particular do pequeno empreendedor ao declarar que somente “o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da” EIRELI, “não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente”¹¹¹.

Tal dispositivo, entretanto, foi vetado e, nas razões do veto¹¹², ponderou-se que a blindagem do patrimônio particular do empreendedor “em qualquer situação” seria

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 486.

¹¹⁰ “Enunciado 4. Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alteração no salário mínimo.” Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>. Acesso em 25/08/2013, às 8:00.

¹¹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm. Acesso em 25/08/2013, às 8:00.

¹¹² Mensagem 259, de 11/07/2011 (...) Razões do veto: "Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão 'em qualquer situação', que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm. Acesso em 25/08/2013, às 8:00.

incompatível com as cláusulas gerais previstas no art. 50, *caput*, do CC, exatamente as hipóteses gerais que poderão deflagrar o pedido e eventual deferimento da desconsideração da personalidade jurídica do ente coletivo (desvio de finalidade e confusão patrimonial). Ora, nada de excepcional haveria nisso, porque ao pequeno empreendedor deveria haver um tratamento mais benéfico, conforme preconizado na própria constituição, que o discrimisse positivamente, através de um microssistema de direito que incentivasse sua permanência no mercado. Impedir objetivamente a desconsideração da personalidade jurídica em tal hipótese seria o outro “lado da moeda” em relação à possibilidade objetiva e geral de declaração da desconsideração da personalidade jurídica, como dispôs, por exemplo, o § 5º, do art. 28, do CDC.

Sem responsabilidade limitada, o pequeno empreendedor assume riscos que vão além da sua própria compreensão da responsabilidade empresarial. A formalização somente compensaria caso houvesse garantia da preservação da autonomia da pessoa jurídica e respeito à responsabilidade limitada. O Estatuto Nacional da Microempresa e a legislação sobre a EIRELI e a LTDA reconhecem a necessidade de limite à responsabilidade pessoal como crucial ao exercício da atividade de produção ou circulação de bens e serviços, mas, ao mesmo tempo, paradoxalmente, permitem a desconsideração da personalidade jurídica de forma objetiva e, por vezes, igualam a responsabilidade dos sócios de forma solidária à da pessoa jurídica.

Contrariando a necessidade de preservação da responsabilidade limitada, o art. 9º da referida LC 123/06 sepulta a autonomia da pessoa jurídica e impõe responsabilidade pessoal e ilimitada aos microempreendedores pelos tributos não quitados com o patrimônio empresarial, em caso de baixa da empresa¹¹³, o que constitui com efeito, mais um paradoxo. Ao mesmo

¹¹³ Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão envolvido no registro empresarial e na abertura da empresa, dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, *sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações*, apuradas antes ou após o ato de extinção. (...)

§ 3º No caso de existência de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas referidas no *caput*, o titular, o sócio ou o administrador da microempresa e da empresa de pequeno porte que se encontre sem movimento há mais de 12 (doze) meses poderá solicitar a baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos, observado o disposto nos §§ 4º e 5º.

§ 4º A baixa referida no § 3º não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus titulares, sócios ou administradores.

tempo em que a Lei da Microempresa veio para estimular a atividade dos pequenos negócios, estabeleceu ela a responsabilização ilimitada dos sócios pelas dívidas tributárias da sociedade e, também, da própria EIRELI, criada após a vigência da LC 123/06.

A prevalecer o texto legal, todo o reconhecimento da necessidade de incentivo ao pequeno negócio, de promoção da mobilidade social, de democratização do capital e da propriedade (com sua respectiva função social) são lançados por terra. Reconhecer o abismo existente entre os pequenos e os grandes empreendedores, lançando mão de objetivos constitucionais claros a buscar a redução desse fosso, não é suficiente para estimular o micro empreendedorismo, mesmo com um Estatuto Nacional da Microempresa, ou com a criação do EIRELI. É preciso mais. Dimensionar o limite do risco a que se lança o empreendedor. Respeitar a autonomia da pessoa jurídica. Tornar excepcional eventual desconsideração da personalidade jurídica. Para o pequeno, esses são os maiores estímulos, incentivos. É a economia a serviço do direito que tem objetivos constitucionais a cumprir. É o direito a serviço da justiça social e busca da plena democratização do capital.

Empiricamente, possível dimensionar as causas da “Sobrevivência das Empresas no Brasil” e do fenômeno que constitui seu contraponto, o qual corresponde à mortalidade dos empreendimentos. De acordo com relatório circunstanciado do SEBRAE, publicado em 2013, que recuperou e cruzou dados referentes a empresas “recém-nascidas”, “em atividade” e “encerradas” entre 2005 e 2007 (dois exercícios) percebeu-se uma taxa média de sobrevivência equivalente a 75% e, em consequência, uma taxa de mortalidade em torno de 25%. O relatório também trouxe estimativas internacionais, destacando pesquisa efetuada, no mesmo período analisado, isto é, entre 2005 e 2007, pela *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD). Comparando-se os dados obtidos pela pesquisa do SEBRAE e a efetuada pela OECD, houve uma aproximação das taxas de sobrevivência/mortalidade das empresas no Brasil e das empresas domiciliadas em outros países, principalmente pertencentes à União Européia. A diferença é que pela metodologia utilizada pelo SEBRAE, a variável que permite a avaliação de criação/encerramento do empreendimento é sua situação perante o fisco, enquanto a metodologia utilizada pela OECD o que marca o encerramento da empresa “quando ela deixa de ter empregados”. No Brasil, portanto, existem empresas em atividade com “zero empregado”, bastando lembrar os

§ 5º A solicitação de baixa na hipótese prevista no § 3º deste artigo importa responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores.

pequenos empreendedores que, além de dirigirem seus negócios, ultimam por ocupar as funções de possíveis colaboradores subordinados. Nas considerações finais do referido relatório, os resultados da pesquisa permitiram a conclusão de que houve aumento da sobrevivências das empresas no Brasil, sendo que “a tendência ao aumento da sobrevivência (...) identificada está em sintonia com os avanços verificados tanto no âmbito dos negócios (p. ex. com a tendência à melhoria na legislação em favor das MPE), quanto no que diz respeito à evolução das características dos próprios empreendedores brasileiros (p. ex. aumento de escolaridade e dos esforços e capacitação)”¹¹⁴. Portanto, uma legislação que menospreze ou anule o princípio da autonomia patrimonial (através da previsão de cláusulas gerais e objetivas a contextualizar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica) demonstra-se não condizente com o desenvolvimento das micro e pequenas empresas.

O Diário do Centro do Mundo publicou, em 07/05/2013, uma condensação¹¹⁵ de um recente artigo do Nobel de Economia, Joseph E. Stiglitz, o qual foi publicado, inicialmente, na revista *Vanity Fair*. Ali, o afirmou que, nós últimos 25 anos, nos Estados Unidos, o 1% mais rico da população passou de 12% para 25% de titularidade da renda anual. Considerando a titularidade da riqueza, passou de 33% para 40% do controle dela. Em uma metáfora, concluiu ser um equívoco afirmar que a maré crescente do mercado acaba elevando todos os barcos.

Stiglitz faz um contraponto, ao afirmar que os Estados Unidos podem ser comparados à Rússia e ao Irã, no assunto igualdade social, perdendo para maior parte dos países europeus. Cita o Brasil¹¹⁶, comparando o esforço na melhoria da situação dos pobres e disparidade de renda, com a atitude contemplativa americana, diante do aumento da desigualdade. Afirma que a desigualdade crescente é justamente o encolhimento das oportunidades, é a subutilização do povo, o bem mais valioso da sociedade, sem adoção da forma mais produtiva possível.

¹¹⁴ Relatório SEBRAE Nacional. Sobrevivência das Empresas no Brasil. Coleção Estudos e Pesquisas. Julho/2013. Disponível em: [http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/93772f4f62b0716c573d3a9ed5a6a3aa/\\$File/4456.pdf](http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/93772f4f62b0716c573d3a9ed5a6a3aa/$File/4456.pdf). Acesso em 25/08/2013, às 10:00.

¹¹⁵ Disponível em <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-governo-do-1-pelo-1-e-para-o-1/>, em 20/07/2013.

¹¹⁶ Idem. Muitos dos antigos centros de desigualdade da América Latina, como o Brasil, têm se esforçado nos últimos anos, com sucesso, para melhorar a situação dos pobres e reduzir as disparidades de renda. Mas os Estados Unidos têm permitido que a desigualdade cresça.

Reclama, Stiglitz, uma ação coletiva, de investimento em infraestrutura, educação e tecnologia, e não de cortes em investimento ou simples redução de impostos para buscar a redistribuição de renda.^{117 118}

Na vida em coletividade, é impossível pensar o individual próprio sem preocupação com o individual do outro. Preocupar-se com o bem-estar do outro é preocupar-se consigo mesmo. Criar condições propícias ao investimento do pequeno empreendedor, com garantias mínimas em relação ao risco da atividade econômica, é criar a oportunidade de ascensão socioeconômica, mobilidade social, distribuição de renda e de riqueza, livre concorrência, enfim, democratização do capital. A realidade brasileira ainda permite alcançar os objetivos traçados no artigo 3º da CF: garantindo a promoção do desenvolvimento nacional; erradicando a pobreza, a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais; construindo uma sociedade livre, justa e solidária; e, promovendo o bem de todos.

Não são necessárias políticas e normas que restrinjam a atividade das grandes e médias empresas. Bastam os incentivos que hoje já se encontram na legislação pátria, dentre os quais, a responsabilidade limitada, com o respectivo respeito à autonomia da pessoa jurídica. Os grandes podem até conseguir conviver ou driblar eventuais excepcionalidades, mas os pequenos não têm como lidar com isso. Citando, ainda, Stiglitz, não é suficiente investir no tamanho do bolo, mas sim aferir como ele é dividido.

Citando Alexis de Tocqueville¹¹⁹, Stiglitz lembra a lição de que o bem-estar comum é uma condição prévia para o próprio bem estar. A proteção e o incentivo ao pequeno

¹¹⁷ Ibidem. Quando a distribuição de riqueza de uma sociedade fica desequilibrada, os efeitos colaterais são enormes. Os ricos se tornam mais relutantes em gastar dinheiro em coisas para o bem público. Eles não precisam do governo para educação, saúde ou segurança. Podem comprar todas essas coisas por si mesmos. No processo, eles se tornam mais distante das pessoas comuns, perdendo qualquer empatia com elas. Eles também temem que governos fortes possam ajustar a balança, tirando um pouco da sua riqueza, e investindo-a no bem comum. O 1% pode reclamar do governo que temos nos Estados Unidos, mas na verdade eles gostam muito do quadro: muita dificuldade para redistribuir renda e sem força para fazer qualquer coisa que não seja reduzir impostos.

¹¹⁸ Alerta sobre a concentração de riqueza nas mãos de poucos: ““Uma pequena elite de 1% tem as melhores casas, as melhores escolas, os melhores médicos, mas há uma coisa que o dinheiro não parece ter comprado: a compreensão de que seu destino está ligado com o dos outros 99%. Ao longo da história, isso é algo que o 1 % costuma tardar a aprender. Em geral, aprende tarde demais.” Ibidem. Stiglitz.

¹¹⁹ Ibidem. Stiglitz. “Alexis de Tocqueville afirmou que a principal característica da sociedade americana era o “interesse pessoal bem compreendido”. As duas últimas palavras eram a chave. Todos possuem interesse pessoal no sentido estrito: quero o que é bom para mim agora! Interesse pessoal “bem compreendido” é diferente. Significa prestar atenção nos interesses pessoais dos outros, igualmente. Em outras palavras, o bem-estar comum é, de fato, uma condição prévia para o próprio bem-estar. Tocqueville não estava sugerindo que havia qualquer coisa de sublime ou idealista no americano. Na verdade, estava sugerindo o contrário. Era uma marca do pragmatismo americano. Olhando para o outro não é apenas bom para a alma, é bom para os negócios.”

empreendedor não é privilégio que o torne um oásis do bem-estar social, batizado e protegido pelo mercado. Antes, porém, é condição prévia para o bem-estar de todos os beneficiados pela atuação empresarial e pelo investimento em atividade produtiva. Trabalhadores, consumidores, governos (por seus tributos), mercado, todos beneficiados pela iniciativa individual, mesmo que microempreendedora.

Para findar o presente capítulo, nada mais ilustrativo que o quadro abaixo:

Figura 3 – A força econômica das pequenas e microempresas no Brasil

| As microempresas no Brasil | O que isso representa |
|----------------------------|----------------------------------|
| 20% do PIB | R\$ 700.000.000.000,00 |
| 99% das empresas | R\$ 5,7 milhões de microempresas |
| 60% dos empregos | R\$ 56,6 milhões de empregos |

Fonte: IBGE, DIEESE, SEBRAE Nacional¹²⁰

¹²⁰ Disponível em www.brasil.gov.br/empreendedor/empreendedorismo-hoje/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas, em 20/05/2013, às 14:00.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A atual abordagem do tema desconconsideração da personalidade jurídica tem pecado, em muitas ocasiões, ora pela restrição quase absoluta de sua aplicação, ora pela extensão ilimitada de suas hipóteses. Comum, também, é a confusão da desconconsideração com situações em que a legislação impõe responsabilidade solidária, subsidiária ou sucessiva. Entender a origem do instituto, sua aplicação nos sistemas consuetudinário e positivado, sua construção jurisprudencial e doutrinária, além de sua incursão na seara das decisões políticas, é crucial para a sua efetiva aplicação.

A partir da análise da gênese, estruturação e aplicação ao longo da história, será melhor entendida a análise econômica da desconconsideração da personalidade jurídica. Ao longo deste capítulo, serão analisados os conceitos básicos de análise econômica do direito, com a finalidade de propiciar a abordagem do tema desconconsideração da personalidade jurídica sob a ótica dos conceitos e implicações econômicas da sua aplicação, observando-a sob as feições da externalidade, do custo, da eficiência e das oportunidades de transação.

A desconconsideração da personalidade jurídica poderá ser meio eficaz para coibir abusos dos agentes econômicos. Método funcional a corrigir uma anomalia circunstancial. Sua excepcionalidade, portanto, seria uma característica constante. A aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, desejavelmente episódica, não pode e não deve ser deferida sem a consideração de seus efeitos exteriores à lide em que se tenha instaurado. Se isso ocorrer, o empreendimento poderá inclusive ser extinto faticamente. É dizer a dosagem e a forma de ministração do remédio jurídico podem torná-lo um veneno legal, em vez de curar (preservar a empresa) poderá matar (desativar faticamente o empreendimento).

2.1 A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (Origem no Common Law)

A personificação de entes coletivos como sujeitos de direito autônomos surgiu da necessidade de regulamentar e proteger as mais variadas associações de pessoas naturais que congregassem interesses comuns (políticos, religiosos, acadêmicos, profissionais e econômicos, dentre outros), destacando-se as sociedades empresárias que se dedicam à produção e circulação de bens e serviços, bem como a afetação de conjuntos de bens, para servir de suporte a interesses de determinados beneficiários, no caso das fundações.

Especificamente em relação às sociedades, para compensar o risco do empreendimento (e para além da necessária personificação), natural a limitação da responsabilidade, separando-se o patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio particular de seus investidores. Tal princípio, entretanto, ainda que racional e justificável do ponto de vista econômico, teve reflexo no campo jurídico dando origem à pessoa coletiva empresarial, que, ao longo do desenvolvimento do sistema capitalista, tem enfrentado problemas, cujas soluções vem sendo apresentadas pela doutrina e jurisprudência. Por isso, para se compreender o significado da locução desconsideração da personalidade jurídica, recomenda-se antes firmar historicamente a personificação do ente coletivo de forma relacionada à limitação de sua responsabilidade.

A história das sociedades comerciais remonta ao início do Século XVII, quando houve a expansão colonial dos Estados modernos. Para tornar possível tal expansão, os soberanos optaram pela formação de companhias de capital misto (público e privado), que possibilitaram a concentração de somas vultosas, atraindo investidores cuja segurança estava na sua responsabilidade limitada ao capital que tivessem vertido para o negócio, o que, para época, revelou-se como um privilégio, porquanto ao comerciante comum tinha plena aplicação o princípio da responsabilidade ilimitada e pessoal.

Tais sociedades colonizadoras seriam, segundo Rubens Requião, o protótipo das sociedades anônimas, que, após o capitalismo mercantilista, e no decorrer da revolução industrial, no século XIX, foi apropriado pela grande indústria para obtenção de capital suficiente para subsidiar a expansão do processo de produção em massa.¹²¹ Percebe-se que a grande empresa, originariamente exceção e dependente de autorização estatal especial para

¹²¹ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., v. 1, pág. 4

sua criação, popularizou-se, bastando para seu reconhecimento e personificação os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico de seu país de constituição. Para alguns, ficção jurídica ancorada na interpretação máxima do princípio da igualdade, justificável pela proteção conferida ao pequeno investidor.

A sociedade anônima surge, assim, como instrumento democrático, a propiciar aos pequenos investidores alcançar os resultados positivos dos grandes empreendimentos, pois são atraídos aos negócios, em virtude de sua responsabilidade limitada. Diante de tal constatação, é possível inferir que a figura da personalidade jurídica decorreu ou foi efeito da necessidade de regulação da responsabilidade patrimonial.¹²² Primeiro, reconheceu-se a limitação da responsabilidade patrimonial para sociedades preponderantemente estatais, com regime jurídico de direito público, para, num segundo momento, assimilar-se de tal autonomia patrimonial e correlata limitação de responsabilidade, de forma generalizada, no âmbito do direito privado.

De modelo similar, também, foram regras de direito público, advindas do direito internacional, que fomentaram a desconsideração da personalidade jurídica de sociedades comerciais. José Hurtado Cobles considera que a origem remota da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, entendida como uma ficção necessária para arrostar os efeitos negativos da personificação, não desejados e nem previstos quando da constituição do ente coletivo, coincidiu com a legislação que se desenvolveu durante a Primeira Guerra Mundial, episódio histórico com reflexos nos campos político, legislativo e econômico.¹²³

A conveniência da permanência dos entes coletivos como fato social exigiu sua disciplina pelo ordenamento jurídico de cada país, reconhecendo-se-lhes, inclusive, a nacionalidade do país de constituição, ainda que os sócios fossem de nacionalidades não coincidentes com a dos entes coletivos. Assim, investidores estrangeiros passaram a tomar parte de empreendimentos formais, sociedades empresárias por exemplo, radicados e inseridos na economia dos mais diversos Estados.

O que se está a recuperar aqui é o contexto sócio-econômico do período em que se deu e se potencializou a crise do Estado Liberal puro e que englobou não só a primeira, mas

¹²² Confira-se, neste sentido, o raciocínio de COBLES, José Hurtado. *La doctrina del levantamiento del velo societário em España e Hispanoamérica*. Barcelona: Atelier, 2008, pág. 20.

¹²³ CLOBES, José Hurtado. Op. cit., pág. 21.

também a segunda guerra mundial. Em tal época, comuns os conflitos a envolver a possibilidade de controle de bens ou de confisco de patrimônio de estrangeiros, eventualmente considerados inimigos. Exemplificando-se tal preocupação com a legislação e jurisprudência francesa e inglesa, cuidou-se de relativizar naqueles países a constituição formal de determinadas sociedades empresárias e sua flagrante e necessária autonomia, pois, apesar de nacionais, foram consideradas em alguns casos entidades coletivas inimigas.

O primeiro caso a contextualizar a possibilidade de confisco de crédito decorrente da técnica da desconsideração da personalidade jurídica percebeu-se no Poder Judiciário Inglês. Trata-se do caso *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre & Rubber Co.*, julgado entre 1915 e 1916. As empresas em conflito, ambas com nacionalidade, sede e constituídas de acordo com as normas britânicas; parceiras empresariais, sendo que a sociedade demandada fornecia pneus à sociedade demandante, fabricante de automóveis. Posteriormente, o controle acionário da demandada foi adquirido por alemães, sendo que o crédito a ela destinado pelo contrato de fornecimento foi retido, pois, com a deflagração da primeira guerra mundial, a demandante temia que o eventual pagamento malferisse a legislação restritiva sobre negócios com nações inimigas. Lembre-se, nesse ponto, que o contrato de parceria obrigava apenas as pessoas jurídicas envolvidas e não os seus sócios.

Em primeira instância, a justiça inglesa considerou válido o contrato entre as sociedades, declarando não haver óbice em se efetuar o pagamento à sociedade demandada. Em grau de apelação, por maioria, manteve-se o julgamento anterior, destacando-se que a pessoa jurídica seria estrutura e organismo que não pode ser confundido com a pessoa de seus sócios e que a proteção e o reconhecimento de tal autonomia seria decorrência da lei de constituição. Além disso, argumentou-se não ter sido detectada no caso concreto hipótese de constituição desonesta ou fraudulenta da sociedade demandada. Entretanto, na Câmara dos Lordes, reformou-se, à unanimidade, o julgamento da corte de apelação, prejudicado o crédito da sociedade demandada, porque seu controle acionário ultimaria por favorecer sociedade inimiga, por analogia e exatamente em razão da nacionalidade dos sócios detentores do poder de controle.¹²⁴

A decisão da Câmara dos Lordes, portanto, priorizou a defesa da economia nacional, desprezando a nacionalidade societária e a autonomia da pessoa jurídica, tendo em vista que,

¹²⁴ Assim, doutrinam COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto sobre o mitigar do hermetismo da personalidade do ente coletivo. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 386.

pragmáticamente, a gestão da sociedade demandada poderia favorecer os interesses de nação inimiga, tendo em vista a nacionalidade dos sócios majoritários. O raciocínio encampado, por outro lado, desprezou o princípio da autonomia patrimonial, prejudicou o sócio inglês minoritário da companhia - ainda que com parcela diminuta ou simbólica do capital social – e configurou enriquecimento sem causa da demandante, pois o crédito da demandada se originou de insumos por ela fornecidos à demandante e nos termos previamente avençados. Decisão casuística, política, mas a prenunciar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, na perspectiva de coibir pretensão abuso de direito e que serviu para a formação de uma jurisprudência daqueles tempos de guerra que ultimou por se consolidar.¹²⁵

De se registrar que anteriormente - mas fora do contexto europeu, ainda que também pertencente à família do *common law* – foi na jurisprudência norte-americana que se percebeu também a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, lá denominada de *disregard of legal entity doctrine*, mas também referida com a expressão *piercing the corporate veil*.

O caso *Bank of United States v. Deveaux*, em 1809, serviu de referência para a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, ao firmar a competência da justiça federal, em hipótese em que preponderou não o domicílio da companhia demandada, e sim os dos diferentes sócios que compunham seu quadro societário. Da mesma maneira que as controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados deveriam ser julgadas por tribunais federais, nos termos do art. 3º, da Constituição norte-americana, a presença de sócios com domicílio em mais de um Estado atraiu a competência da justiça federal. Portanto, apesar de tratar-se de pessoa jurídica independente e autônoma, levantado foi o véu, preponderando a qualificação de seus sócios, em detrimento do domicílio dela, como se partes no processo fossem seus sócios e não a pessoa jurídica.¹²⁶

Cabe, aqui, uma rápida incursão no teor da decisão proferida no referido caso. O Juiz Marshall, então membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao considerar que a demanda era travada entre os sócios e o Fisco, permitiu a interpretação de que, não somente a competência seria da justiça federal, em face de terem os sócios domicílios em mais de um estado, mas a responsabilidade patrimonial, também, deveria ser deles, e não da pessoa jurídica Deveaux. Não houve critério de aferição da conduta dos sócios da pessoa jurídica para só, então, impor-lhes a condição de partes passivas legítimas do processo contra ela,

¹²⁵ Confira-se, de forma similar, o pensamento de RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 80.

¹²⁶ COBLES, José Hurtado, op. cit., pág. 23.

antes, pelo simples fato de serem sócios foram considerados devedores. Hipótese de aplicação objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, portanto.

Inaugurou-se, desta forma, nos Estados Unidos, a doutrina da *disregard of the legal entity*, que ganhou espaço e projeção ao longo do século XX naquele país, para abranger sobretudo os casos em que o controlador (empreendedor individual) de determinada corporação se predispunha a blindar seu patrimônio individual apesar de passivo a descoberto da corporação. Tal tendência defendida pela doutrina e incorporada pela jurisprudência foi alvo de críticas contundentes, pois a representar uma fissura no princípio basilar da segurança jurídica.¹²⁷

Erigeu-se como problema da aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica estabelecer ou vislumbrar um limite para a construção de tal doutrina, sob pena de esvaziar-se por completo o sentido da personificação alcançada e garantida pelo direito positivo. A doutrina desenvolvida naquele país cuidou de relativizar a autonomia do ente coletivo, buscando descrever fórmulas ou hipóteses que sinalizassem a possibilidade de aplicação da desconsideração nos casos concretos. A experiência jurisprudencial acumulada seria indicativo de tal esforço, possibilitando a classificação das hipóteses de desconsideração em grupos de casos, que redundassem na identificação de disfunções injustas e não condizentes com a razão de ser ou finalidade do instituto da personalidade jurídica, bem como naqueles casos em que a desconsideração tivesse como resultado afastar ou evitar a fraude.

Apesar de uma doutrina de testes prévios¹²⁸, como filtro para a aceitação da aplicação da técnica da desconsideração, a crítica ao sistema norte-americano se assenta na constatação de que, apesar da força da prática judicial calcada na justiça material do caso concreto, multiplicam-se e confundem-se os critérios adotados para definir as hipóteses de desconsideração. Não há segurança conceitual e, portanto, jurídica. Além disso, a própria estrutura do Poder Judiciário norte-americano contribui para a confusão conceitual (não se pode dizer que haja um *common law* federal). Concorrem o direito federal e o direito dos Estados. É dizer a doutrina utilizada, exatamente por sua fluidez, foi trasladada para a jurisprudência local, considerando-se 50 (cinquenta) estados.¹²⁹ Diante disso, entende-se que, mesmo nos Estados Unidos, deve-se aplicar a técnica da desconsideração de forma comedida,

¹²⁷ COBLES, José Hurtado. Op. cit., pág. 24.

¹²⁸ A ser melhor explicitada no tópico seguinte.

¹²⁹ SÉROUSSI, Roland. *Introdução do Direito Inglês e Norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006, pág. 87/91.

excepcional e residual, priorizando-se qualquer outra medida antes de se recorrer ao referido expediente que ultimar-se-á por afastar o princípio da autonomia patrimonial.¹³⁰

No Direito Inglês, a exemplo do que se constatou no Direito Norte-americano, também os princípios da equidade (justiça no caso concreto) e da não condescendência com a fraude norteamerica o reconhecimento da teoria da *disregard of the legal entity*. Porém, de início, percebe-se que tal doutrina não alcançou a mesma repercussão no Reino Unido, pois naquele país prevaleceu orientação jurisprudencial a fazer preponderar a autonomia jurídica do ente coletivo, conforme entendimento da Câmara dos Lordes, última instância de julgamento no célebre caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, em 1896.

O Sr. Aaron Salomon, fabricante de sapatos, por muitos anos explorava com êxito seu negócio, exercendo-o como comerciante individual. Entretanto, em 28 de julho de 1892, decidiu abandonar a firma individual e transformá-la em sociedade limitada. Nesta sociedade (*Salomon & Co. Ltd.*) fizeram parte do quadro societário o próprio Salomon, sua esposa e os cinco filhos do casal. O capital social do ente coletivo correspondeu a 40.000 libras esterlinas, distribuindo-se em 40.000 ações, cada uma no valor nominal de 1 libra. A sociedade se apropriou da estrutura antes construída pela firma individual, desembolsando a cifra de 38.782 libras. Contabilmente, tal valor foi saldado parcialmente à vista, remanescendo como passivo da sociedade em relação ao sócio Salomon a quantia de 10.000 libras, representada por crédito privilegiado.

Apenas um ano após a constituição da sociedade, diante de conjuntura econômica desfavorável, a sociedade experimentou perdas consideráveis, sendo nomeado um liquidante para realizar o ativo e distribuí-lo entre os credores. Entretanto, percebeu-se que havia passivo a descoberto, isto é, o ativo da sociedade não seria suficiente para pagamento de todos os credores, pois detectado patrimônio líquido negativo no valor de 7.733 libras. Dentre os credores prejudicados, o Sr. Broderip que havia emprestado a importância de 5.000 libras à sociedade. Em razão disso, tal credor buscou a anulação do contrato de trespasse/transformação da firma individual em sociedade, querendo, em consequência, responsabilizar diretamente Salomon pelos valores que deixara de receber da sociedade. Sua petição trouxe três eixos de argumentação: 1) houve superfaturamento do valor das ações adquiridas por Salomon; 2) o contrato de sociedade, por isso, serviria para fraudar credores; e 3) a concentração do capital social, adquirido em sua maioria pelo próprio Salomon,

¹³⁰ COBLES, José Hurtado, op. cit., pág. 25.

evidenciava que a administração do negócio continuou a cargo dele, sem que os demais sócios tivessem ingerência sobre os rumos da sociedade, o que estaria a atrair sua responsabilidade pessoal pela fraude noticiada.

Em primeira instância, entendeu-se que os privilégios do acionista majoritário revelaram a continuação da firma individual, pois Salomon, de fato, seria o acionista único do empreendimento, eis que os demais acionistas simplesmente pelo grau de parentesco seriam sócios meramente figurativos. A sociedade, como pessoa jurídica autônoma, nunca teria existido. Salomon fez da sociedade mero preposto, para blindar seu patrimônio particular e em prejuízo de seus credores, razão pela qual o crédito privilegiado em seu favor não deveria prevalecer. A corte de apelação encampou o mesmo entendimento, apesar de não confirmar a declaração de inexistência da sociedade, tendo em vista sua constituição regular. Na perspectiva de que houve fraude, a sociedade deficitária seria credora do sócio controlador, devendo ele aportar capital suficiente para saldar as obrigações pendentes da sociedade.

As premissas da teoria da desconsideração foram construídas, portanto, tendo em vista flagrante fraude. Apesar do acerto profético das decisões de primeira e segunda instância, a Justiça Inglesa reformou-as. Seja como for, restou a teoria definitivamente gravada na história posterior do direito societário e, especificamente, na história da autonomia da pessoa jurídica.

A fórmula da teoria é bem simples. Quando a pessoa jurídica for usada para fins fraudulentos ou por abuso de direito, restando ela insolvente, com débito não pago, o magistrado poderá afastar apenas a eficácia do seu ato constitutivo, de maneira que possa autorizar que o débito seja satisfeito com o patrimônio particular dos sócios. A sociedade não restará desconstituída, nem declarada inexistente. Apenas ocorrerá uma suspensão momentânea da eficácia do ato constitutivo, afastando-se temporariamente sua autonomia, para responsabilizar pessoalmente os sócios pelas obrigações assumidas em nome da pessoa jurídica.

Salomon, porém, recorreu à Câmara dos Lordes e conseguiu reverter, à unanimidade, o decidido pelas instâncias inferiores. Para a Câmara dos Lordes, Salomon pode continuar com a preferência de seu crédito e também não era responsável pelas obrigações pendentes da sociedade. Tal decisão prestigiou o sistema legal que permitiu a constituição da companhia. Apesar de criticável do ponto de vista doutrinário, tal decisão fez prevalecer o princípio da autonomia patrimonial.

A aquisição regular das ações do empreendimento e a formalização das operações foram suficientes, de acordo com aquela corte de justiça, para manter hígido o princípio da limitação do patrimônio entre os sócios. A decisão optou por uma solução que preservasse a segurança jurídica e econômica no cenário coletivo, e não observou o atendimento do interesse individual de alguns credores.

A partir de então, a jurisprudência inglesa manteve-se coerente com aquele precedente, restringindo a aplicação da doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica. No contexto da globalização, em 1990, cita-se como mudança de paradigma o caso *Adams v. Cape Industries Plc.*, encampando-se a doutrina da desconconsideração quando perceptíveis grupos de sociedades, e quando reconhecida a unidade econômica, apesar de presente a autonomia jurídica.¹³¹

Percebe-se, nitidamente, que a teoria da desconconsideração originou-se da prática judiciária desenvolvida no sistema anglo-saxão de direito, o denominado *common law*. Uma tradição jurídica que se sustenta no poder criador ou normativo do Poder Judiciário. Mais experiência do que lógica; opinião e não silogismo.¹³² Por isso mesmo, tal doutrina não poderia ser incorporada ou imposta à família romano-germânica de direito (*civil law*), em que o magistrado, regra geral, predispõe-se a interpretar e aplicar o direito, mas não a criá-lo. Não há que se falar de uma importação acrítica de tal teoria para o direito codificado (que tem a lei como primeira fonte), até porque – como se afirmou acima – assentou-se em institutos já positivados como a fraude à lei e o abuso de direito.

¹³¹ Assim salienta RODA, Carmen Boldó. *Levantamento del velo y persona jurídica em el derecho privado español*. Rev. Derecho de Sociedades. Ed. Aranzadi, 1997.

¹³² GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. Lumen Juris, São Paulo, 2008, pág. 171.

2.2 A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a proposta de sistematização na obra pioneira de Rolf Serick

A assimilação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, antes de seu reconhecimento legislativo, foi debatida doutrinariamente, destacando-se, no continente europeu, a tese de doutorado de Rolf Serick, em 1955, com o título *Estatuto Jurídico das Pessoas Jurídicas e a Realidade*¹³³. O estudo e a sistematização dos casos de desconsideração da personalidade jurídica catalogados da prática judicial norte-americana e alemã foram bem aceitos em países como Itália e Espanha. Rubens Requião – entre nós quem primeiro divulgou as ideias de Serick – esclarece que tal doutrina afirma o princípio da autonomia patrimonial, apesar de relativizá-lo. Isto é, reconhece os efeitos da personificação do ente coletivo, porém “a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso do direito”.¹³⁴

Através de grupos de casos, Rolf Serick disse da necessidade de se estabelecerem balizas teóricas para sustentar as várias decisões judiciais que contextualizaram em seu tempo a desconsideração da personalidade jurídica. O dogma da autonomia patrimonial estabeleceu a distinção rigorosa entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus membros, sendo que a jurisprudência alemã demonstrou ser possível alcançarem-se os homens por detrás dos entes coletivos em hipóteses em que se fez mau uso da forma das pessoas jurídicas.¹³⁵

Rolf Serick iniciou sua análise com a constatação de decisões alemãs discrepantes em relação à possibilidade de compensação de créditos originariamente contra o governo alemão serem extensíveis a pessoas jurídicas de direito privado, entretanto, controladas pelo poder público, diante de sua posição de destaque no que diz respeito à maioria de sua participação social. A ausência de uniformização dos precedentes jurisdicionais o inquietaram, diante da ausência de critérios científicos seguros a fundamentar a referida compensação, isto é, depois da reforma bancária naquele país, quais seriam os critérios – considerados nas decisões judiciais - capazes de possibilitar a um devedor de uma pessoa jurídica controlada pelo poder público liberar-se de sua obrigação, tendo em vista crédito contra o Estado. Destacou várias

¹³³ Tradução livre do título em alemão: “Rechtsform und Realität juristischer Personen”.

¹³⁴ SERICK, Rolf Serick. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles (El abuso de derecho por meio de la persona jurídica)*. Tradução de Jose Puig Brutau. Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, pág. 390.

¹³⁵ Idem, pág. 32.

decisões em que a compensação foi denegada, pois não se reconheceu a identidade entre a pessoa jurídica (de direito privado) e seu sócio majoritário (de direito público), mantendo-se, em tais hipóteses, hígido o princípio da autonomia patrimonial. Em outros tantos casos, porém, detectou como fundamentos principais para a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica a cláusula geral de boa-fé e a técnica da ponderação de interesses.¹³⁶

A crítica de Rolf Serick – que aqui se tem como atual para a realidade brasileira – é de que uma flexibilização exagerada das razões capazes de fundamentar o levantar do véu da pessoa jurídica pode simplesmente extinguir materialmente o ente coletivo, o que seria equivalente à negação da pessoa jurídica. O perigo de tal proceder estaria em potencializar justificativas não jurídicas para afastar os efeitos da personificação.

Como resultado percebeu ele em sua Alemanha e percebe-se no Brasil uma argumentação falha, retórica, carregada de fórmulas que podem açambarcar qualquer argumento, sem que sejam satisfatoriamente convincentes, como nos casos utilizados pela justiça obreira em que, diante das “forças dos fatos” ou de um critério estritamente econômico, pessoas jurídicas distintas acabam confundidas, quando uma delas, demandada em sede de execução, não possuir patrimônio suficiente para satisfação dos créditos de seus ex-empregados, e, em razão disso, por mera petição nos autos e de forma unilateral, tem-se admitido que a execução seja redirecionada a outra pessoa jurídica coligada.¹³⁷

Em tempos de uma Alemanha ainda a suportar os revezes do pós-segunda guerra mundial, Rolf Serick lembrou os casos de desapropriação do patrimônio de sociedades sem qualquer indenização, pois eram equiparadas a extensões do Reich alemão vencido. Ao analisar tal problemática, ponderou que pelo direito de ocupação, razoável – diante do princípio da autonomia patrimonial – que sociedades de direito privado (ainda que dentre seus sócios o poder público) tivessem seus bens utilizados, mediante regular requisição, o que estaria a reclamar a correlata indenização.

¹³⁶ SERICK, Rolf, op. cit., pág. 34.

¹³⁷ A título de ilustração, confira-se o seguinte precedente da justiça laboral, que ora se anota: TRT – 16ª. Região, Mandado de Segurança 222200900016001 MA 00222-2009-000-16-00-1. Relator: JOSÉ EVANDRO DE SOUZA. Julgamento: 05/11/2009. Publicação: 21/12/2009. Disponível em: <http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7443098/222200900016001-ma-00222-2009-000-16-00-1>. Acesso em 10/08/2013, às 14:00.

Exemplificou a hipótese de confisco lembrando a constituição de uma sociedade “X” limitada, cujo objeto social foi, em Berlim no ano de 1941, a fabricação de componentes para estrutura de aeronaves. Do capital social de tal sociedade limitada, 75% (setenta e cinco por cento) foram integralizados por uma instituição financeira “Y” (S/A) e o remanescente por uma outra LTDA, “Z”. Após o fim da guerra, a propriedade imóvel da sociedade “X” foi simplesmente confiscada pelas autoridades norte-americanas na Alemanha, seguindo-se, como linha de argumentação, o fato de que se todas as participações do Banco “Y” pertenciam ao Reich vencido, naquela hipótese, haveria plena identificação entre eles. Em consequência, materialmente, o controle do Banco pelo Estado alemão fazia deste o verdadeiro acionista da LTDA “X”, sendo que, por isso, a propriedade privada e imobiliária da referida sociedade seria transmutada em propriedade estatal e, em razão disso, justificável o mero confisco.¹³⁸

O viés meramente objetivo que se construiu para a desconsideração no caso acima atendeu a um critério político, contingencial e não jurídico. Em primeiro lugar, não se deve confundir participação societária com patrimônio líquido ou ativo do empreendimento. A participação societária projeta ou protraí no tempo o que se investiu no empreendimento e que, em perspectiva, poderá retornar na forma de dividendos, em caso de sucesso do negócio. Contabilmente, o resultado positivo, por outro lado, estará condicionado à satisfação dos credores da sociedade.

Tal constatação impõe, antes da liquidação dos haveres dos sócios, em caso de desativação voluntária ou forçada do empreendimento (como no exemplo do confisco alemão), um encontro de contas: a realização do ativo e a liquidação das dívidas sociais, para somente depois desta operação serem determinados os haveres dos sócios, se perceptível um patrimônio líquido positivo. A propriedade imóvel confiscada poderia ter valor insuficiente para quitação dos débitos societários, de modo que o confisco não atingiu somente o Banco “Y” ou o Reich, mas todo o universo de credores da pessoa jurídica (dentre eles, possíveis credores americanos ou aliados).

No caso analisado, o confisco (justificável por questões políticas) afetou flagrantemente também o direito de propriedade dos eventuais credores da sociedade, bem como da LTDA minoritária, igualmente participante do capital da sociedade que fabricava os

¹³⁸ SERICK, Rolf. Op. cit., pág. 37.

componentes de aeronaves. Juridicamente, enriquecimento ilícito, desconsideração da personalidade jurídica com efeitos negativos em relação a terceiros de boa-fé.

Fez-se e faz-se justiça parcial e episódica; justiça para o caso concreto, mas às custas da relativização do dogma da personalidade jurídica que deveria servir de limite de responsabilidade para os entes coletivos e de opção para os investidores. E, em razão disso, comprometido o princípio da segurança jurídica.¹³⁹ Para se evitar a banalização ou a aplicação sem critério da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, Rolf Serick propôs-se a delimitar as razões fundantes de tal proceder, elaborando quatro hipóteses de trabalho. Defendeu, em primeiro lugar, que a forma da pessoa jurídica não poderia se coadunar com o abuso. Logo, o julgador poderia (e pode) desestimar a personalidade jurídica do ente coletivo, para evitar que por meio dela se perpetue um resultado contrário ao ordenamento jurídico. Em tal hipótese, prescindível a regra fundamental que estabelece uma radical separação entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios.

É dizer, a pessoa jurídica não deveria servir de escudo para burlar a lei, para justificar o inadimplemento contratual ou fraudar terceiros. A personificação do ente coletivo lhe garante autonomia relativa e o protegerá desde que cumpra os fins lícitos, para os quais foi instituído. Excepcionalmente, entretanto, se alguém se utilizar abusivamente da forma da pessoa jurídica, perpetrando ilícitos através dela, logicamente, não merecerá amparo do Direito. Deverá suportar os efeitos de eventual desconsideração da personalidade jurídica e, consequentemente, poderá ser responsabilizado pessoalmente.

O exemplo alemão, na análise de Rolf Serick, correspondeu à hipótese de eventual concorrência desleal perpetrada pelos empregados de uma determinada sociedade. Salientou a regra proibitiva do § 60, do Código Comercial Alemão então vigente, impeditiva de referida concorrência desleal, mas construiu o raciocínio de que tal norma poderia ser facilmente superada com a constituição de uma pessoa jurídica por algum colaborador da sociedade.¹⁴⁰

Imagine-se, no caso brasileiro, por exemplo, alguém que exercesse a atividade empresarial individualmente e tenha falido. Por óbvio, deveria abster-se de exercer a atividade comercial, como consequência do decreto de quebra, a chamada inabilitação do falido para o

¹³⁹ SERICK, Rolf alertava a respeito. Op. cit., pág. 39. Numa tradução livre de seu pensamento, tem-se: “Por outra parte, há sentenças que, apesar de desestimarem a forma da pessoa jurídica, não se baseiam em fundamentos dogmáticamente convincentes. Regra geral, sustentam-se em razões de equidade (...) Assim, em definitivo, o acerto ou o desacerto de tais sentenças somente poderá ser medido se a fundamentação nelas exposta puder espelhar o valor do Direito como um elemento de previsão para além da justiça do caso concreto.”

¹⁴⁰ SERICK, Rolf. Op. cit., pág. 243.

exercício de atividade empresarial. Suponha-se, porém, que se tenha utilizado de um subterfúgio, e buscando burlar a lei, tenha constituído por interpostas pessoas uma sociedade que continue a atuar em atividade para a qual tenha sido inabilitado. Além disso, cogite-se da possibilidade de que administre faticamente o empreendimento, por exemplo, pela outorga de instrumento de mandato em seu nome para agir representando a sociedade. Nitidamente, a pessoa jurídica teria sido constituída para superar uma proibição legal. O art. 102 e o art. 176, ambos da LFRE restariam medrados, se não se reconhecesse em tal hipótese o abuso da forma da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica também não pode ser utilizada para mascarar o inadimplemento contratual. Rolf Serick reconstruiu tal possibilidade através do exemplo seguinte: “A” e “B” se obrigam frente a “C” a não realizar determinado ato. Porém, o mesmo ato ultima por ser perpetrado pela sociedade “X”, que tem como únicos sócios “A” e “B”. Nesta hipótese, indagava se referido ato poderia ser proibido também em relação à sociedade “X” e, em caso afirmativo, sob qual fundamento. Essa obrigação de não fazer estabelecida no contrato entre as pessoas naturais acabaria, por certo, comprometida, pois indiciariamente perceptível a fraude perpetrada através do ente coletivo, formalmente distinto, mas materialmente identificável com os sócios que se comprometeram pelo contrato.¹⁴¹

O caso em tela, perfeitamente, abarcaria, no ordenamento pátrio, a cláusula de não restabelecimento em caso de trespasse. O alienante, pessoa natural, ou a pessoa jurídica por ele administrada, por expressa disposição legal, salvo autorização expressa, não poderia “fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência” (art. 1147, do CC), não podendo desrespeitar o contrato de trespasse, mesmo que indiretamente, adquirindo o controle acionário de sociedade que atue no mesmo ramo de atividade que a sociedade objeto do trespasse.

Rolf Serick trouxe à baila dois outros casos intermediários, não exatamente identificados com o burlar da lei ou de determinada avença, ao salientar outras hipóteses de danos a terceiros ocasionados pelos sócios do ente coletivo, utilizando-se indevidamente da pessoa jurídica.

Didaticamente, pensou, inicialmente, no seguinte exemplo: “X” celebrou um contrato com uma pessoa jurídica e, concomitantemente, veio a ser ludibriado dolosamente pelos sócios da mesma. Indagou se, nesta hipótese, seria possível a “X” requerer a anulação do

¹⁴¹ SERICK. Rolf. Op. cit., pág. 59.

contrato, ainda que o gerente da pessoa jurídica – seu representante legal - tenha agido de boa-fé e não tenha participado do engodo.¹⁴² Ao enfrentamento de tal questão respondeu afirmativamente, pois, pelos princípios do direito obrigacional, não seria razoável ao contratante prejudicado impor o avençado, quando enganado por alguém economicamente identificado com a outra parte, no caso, a pessoa jurídica, sendo o exemplo proposto mais um dos possíveis casos de abuso da forma da pessoa jurídica.

O mesmo autor frisou ainda, no seu tempo, o mau vezo de empréstimos a pessoas jurídicas, quando constituídas por um único sócio. Rememorou que o usual é que as pessoas jurídicas fossem constituídas como capital social inexpressivo diante do vulto do objeto social escolhido. Posteriormente, o mutuante, o sócio controlador do empreendimento, predispuña-se à complementação do capital à sociedade a título de empréstimo, fazendo-se assim credor da pessoa jurídica e, em perspectiva, em caso de insucesso do negócio, podendo requerer a satisfação do empréstimo com a liquidação do patrimônio da sociedade e em concorrência com os demais credores. Tal prática tem sido tratada pela Doutrina e Jurisprudência como subcapitalização.

A primeira proposição de Rolf Serick concentrou-se, como se pode perceber, nos casos em que se detectou o uso abusivo da forma da pessoa jurídica, para fraudar a lei, contratos ou terceiros. Abuso consciente, doloso, algumas vezes, inclusive, a conformar ilícito penal. Em tais circunstâncias, justificável a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de que os perpetradores das fraudes fossem responsabilizados pessoal e ilimitadamente.

Em sua segunda proposição, defendeu que não seria razoável impor-se como regra o desprezar da forma da pessoa jurídica, para buscar-se o cumprimento da finalidade de qualquer norma ou negócio jurídico. Explanou que o legislador ao inovar o direito positivo tem em mente o atingir de determinados fins e quis, assim, ao reconhecer a personificação ao ente coletivo proporcionar aos constituintes da pessoa jurídica, bem como aos eventuais investidores um mínimo de segurança jurídica.

Trouxe como ilustração o tratamento jurídico diferenciado entre as hipóteses de transferência do controle da participação societária de determinado ente coletivo (o que, de maneira reflexa, ocasionaria a transferência do ativo imobilizado da referida sociedade) e um contrato de compra e venda do único bem imóvel da mesma sociedade. Salientou que na primeira situação, implicitamente, não caberia a discussão sobre eventuais defeitos do imóvel,

¹⁴² ROLF, Serick. Op., cit., pág. 71.

diferentemente da hipótese referente ao contrato de compra e venda em que eventuais defeitos assumiriam centralidade e poderiam fundamentar eventual ação redibitória. Argumentou que, muito embora, no primeiro caso, o atrativo principal do negócio tenha sido o adquirir do imóvel, não poderia o juiz, em caso de questionamento da transferência do controle acionário, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, para transformar a transferência do controle acionário em mero contrato de compra e venda de bem imóvel, no intuito de fazer prevalecer o verdadeiro fim almejado pelo adquirente do negócio.

Encampado o raciocínio de Rolf Serick – a segunda proposição acima – tem-se no Brasil de hoje como princípio que o operador do direito deve mesmo enxergar os fins sociais a que se destinam as normas jurídicas, mesmo porque, em se tratando de relações econômicas privadas, deveriam dialogar três regimes jurídicos, destacando-se, por isso, negócios classificáveis por grupos, a saber: a) entre empresários; b) entre consumidores e empresários (fornecedores) e c) entre civis. Relações jurídicas entre iguais e diferentes.¹⁴³

A compra e venda de veículos automotores, por exemplo, poderá atrair diferentes regimes jurídicos a depender da posição dos contratantes. Se eventualmente tratar-se da aquisição de um veículo novo para uso pessoal entre uma concessionária e um cliente pessoa física, naturalmente aplicáveis à avença o microsistema de direito contido no CDC. Se, por outro lado, contextualizar-se o fornecimento de veículos automotores entre a fábrica e uma de suas concessionárias, tal hipótese encontrará regime jurídico em lei específica, mais precisamente a Lei 6729/79, tipicamente empresarial. Se, por derradeiro, tratar-se de um negócio ocasional entre vizinhos, residualmente o regime jurídico entre iguais será alcançado através das regras contidas no CC.

No primeiro caso, como um dos elementos a compensar o risco da atividade econômica encontra-se exatamente o princípio da autonomia patrimonial, e no tráfico jurídico entre empresários, salvo exceções, não existe razão para se estabelecerem regras protecionistas em relação aos contratantes. Percebe-se, inclusive, que precisamente em relação às sociedades limitadas (uma vez totalmente integralizado o capital subscrito), e diante de um passivo a descoberto relacionado a credores também empresários, o patrimônio particular dos sócios não poderá ser alcançado para fazer frente às dívidas sociais

¹⁴³ Especificamente em relação ao direito do consumidor, MARQUES, Cláudia Lima doutrina sobre o princípio tutelar no direito privado, a máxima *favor debilis* e a necessidade de um direito privado de liberdade e igualdade material: um direito privado para iguais e para diferentes. In *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, pág. 30-34.

remanescentes. Não se trata de regra injusta, porque – frise-se mais uma vez - comum a qualquer atividade empresarial o risco de insucesso, razão pela qual a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é mecanismo hábil a estimular empreendedores e investidores, caso contrário não se lançariam à produção de bens e serviços, o que seria prejudicial a toda sociedade.¹⁴⁴

O desafio, entretanto, parece ser o de fazer o necessário diálogo entre as normas que protegem a autonomia patrimonial e que se inserem em um microssistema de direito que pretende a manutenção da atividade empresarial, por se tratar de interesse difuso ou, prospectiva e subsidiariamente, de minorar o prejuízo de todos os credores (LFRE e seus art. 47 e 82) - tese que aqui se adianta – e que se apresenta jurídica e economicamente mais eficiente do que hipóteses de desconsideração objetiva e a beneficiar apenas determinadas classes de credores (trabalhistas e consumidores, por exemplo).

Em vez de uma ponderação de valores, corre-se o risco de uma espécie de autofagia legislativa a impedir o cumprimento da finalidade das normas protecionistas. Isto é, a desconsideração da personalidade jurídica do ente coletivo poderá evidenciar eventual situação falimentar, porém beneficiará apenas determinado credor (que satisfará sua pretensão), mas que poderá alijar de eventual rateio outros credores que - na perspectiva de eventual execução coletiva - estivessem na mesma situação jurídica daquele que foi beneficiado com a procedência do pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

A terceira proposição de Rolf Serick se baseou na constatação de que as normas que se fundamentam em qualidades humanas ou que consideram valores humanos também se devem aplicar às pessoas jurídicas quando a finalidade da norma corresponder a determinadas classes de pessoas. Não se trata de desestimar a forma da pessoa jurídica, para identificar a vontade dos sócios com a do ente coletivo ou mesmo da equiparação ou confusão do patrimônio dos sócios com o da pessoa jurídica, mas sim de transferir ao ente coletivo certas qualidades inerentes aos seus constituintes. Buscou ilustrar tal situação, ao analisar e justificar a legislação que tratou das sociedades consideradas inimigas, no contexto das grandes guerras mundiais.¹⁴⁵

Tal fenômeno – de incorporação pelas pessoas jurídicas de certos atributos das pessoas físicas – corrobora o princípio da autonomia patrimonial. É patrimônio intangível de

¹⁴⁴ Neste sentido, observa COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., pág. 157.

¹⁴⁵ SERICK, Rolf. Op. cit., pág. 252-256.

determinada pessoa jurídica, por exemplo, a reputação de excelência nos serviços que mantenha em determinado nicho de mercado. Por tal linha de raciocínio, possível que haja comprometimento de sua honra objetiva, sendo-lhe legítimo buscar a compensação pelos danos correspondentes, destacando-se, nesta hipótese, eventuais valores perseguidos a título de danos morais. O STJ, inclusive, pacificou a matéria, diante do enunciado da Súmula 227, onde afirmou que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

A quarta e última proposição de Rolf Serick cuidou de prever a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando a forma da pessoa jurídica for utilizada para ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas que intervêm num determinado ato, o que poderá acarretar a desestimação da forma da referida pessoa jurídica quando a norma que se deva aplicar pressuponha que a identidade ou diversidade dos sujeitos interessados não seja puramente nominal, mas sim efetiva. Exemplificou tal possibilidade com as hipóteses de transações imobiliárias e contratos de mandato, nos termos, respectivamente, dos §§ 892 e 181, ambos do Código Civil Alemão então vigente.

Argumentou que o legislador naquelas hipóteses pretendeu uma diversidade efetiva de pessoas que viessem a intervir naqueles negócios e não meramente jurídica.¹⁴⁶ Trouxe precedente da justiça alemã, narrando caso em que um sócio único e único administrador de uma LTDA havia emprestado à pessoa jurídica a quantia de 64.000 marcos, provenientes de sua fortuna particular. A operação restou contabilizada formalmente. A sociedade, algum tempo depois, foi à falência. O sócio único então buscou habilitar seu crédito perante o administrador da massa falida, que questionou tal habilitação ao argumento da ineficácia do mútuo realizado, com fundamento no § 181 do Código Civil Alemão, pois o sócio único, na verdade, teria contratado consigo mesmo. Em tal hipótese, percebe-se que houve indiretamente o reconhecimento de confusão patrimonial.

Esta quarta proposição de Rolf Serick se esteia na prevenção de conflitos de interesses. No ordenamento jurídico pátrio, tais hipóteses aproximam-se de algumas normas protetivas em relação aos acionistas da S/A. Pontualmente, poderia ser lembrada a norma que proíbe ao acionista aprovar suas próprias contas como administrador ou de que o administrador da companhia venha a contratar com a mesma em condições que lhe favoreçam mesmo através de pessoas jurídicas (art. 115, § 1º, e 156, ambos da LSA). A mesma proposição inspira as práticas modernas de governança corporativa, consubstanciada em um conjunto de regras,

¹⁴⁶ SERICK, Rolf, op. cit., pág. 256-258.

condutas e práticas a serem observados por sócios, acionistas, conselhos de administração e diretorias, visando a redução ou eliminação de conflitos de interesse no cotidiano de uma empresa. Isto é, visando eliminar cenários propícios a prática de condutas lesivas à coletividade que se relaciona com as sociedades empresárias.

A obra de Rolf Serick impulsionou na Alemanha, país como o Brasil, de tradição romano-germânica, a discussão sobre a necessidade de eleição de critérios confiáveis para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Defendeu o dogma da autonomia patrimonial como princípio valioso por emprestar segurança jurídica aos que se predispuessem a constituir, contratar ou investir nos entes coletivos. É dizer, a distinção dos patrimônios da pessoa jurídica e de seus sócios, bem como as responsabilidades correlatas deveriam ser pormenorizadas. Em contraponto, justificou a aplicação da teoria da desconsideração, desde que se percebesse o abuso da forma da pessoa jurídica, destacando e agrupando as hipóteses na constatação de fraude à lei e aos negócios jurídicos.

Apesar de destacar empiricamente até a necessidade de romper com o princípio da autonomia quando se contextualizasse o abuso consciente da pessoa jurídica, o pensamento de Rolf Serick registrou a possibilidade de abuso em casos de nítida confusão patrimonial, concordando com a decisão de desestimação da personalidade jurídica na consideração de grupos econômicos, ao analisar as relações entre sociedades controladoras e controladas.

Logo, percebe-se que o pensamento de Rolf Serick foi encampado pelo legislador brasileiro, ao eleger como cláusulas gerais para as hipóteses de desconsideração o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, conforme se lê expressamente no art. 50, do CC.

As críticas posteriores à obra de Rolf Serick concentraram-se no aspecto aparentemente reducionista que fez imprimir na aplicação da teoria da desconsideração, para alguns, dependente da demonstração do caráter intencional do abuso da forma da pessoa jurídica. O abuso de direito, ainda que não se identifique com eventual fraude, poderá em algumas situações ser alcançado através da contextualização de critérios objetivos, sintetizados em locuções do tipo “fim social ou econômico” do direito.¹⁴⁷

Alguns autores (opondo-se ao pensamento de Rolf Serick), dentre os quais Muller-Freienfels, buscaram delimitar o princípio da boa-fé objetiva como porta aberta para a aceitação ampla da técnica da desconsideração da personalidade jurídica. Boa-fé objetiva

¹⁴⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima, op. cit., pág. 105.

como conceito jurídico indeterminado, a denotar cooperação, lealdade, legítima expectativa, confiança na instituição de pessoas jurídicas a cumprir função social relevante.

Uma variante da vertente objetiva se construiu por meio da ideia de que a pessoa jurídica espelha uma instituição e se os fins de tal instituição deixarem de ser alcançados por seus membros, plenamente possível a desconsideração da personalidade jurídica, pois estariam a utilizar a pessoa coletiva de forma desvirtuada, violando um princípio fundamental do sistema jurídico. Os méritos das teorias que objetivaram o abuso de direito foram o de mitigar a carga probatória necessária à contextualização do instituto desconsideração da personalidade jurídica e de se afastarem de uma feição essencialmente punitiva. Porém, o perigo de tal objetivação foi a dificuldade de delimitação e justificação das hipóteses de desconsideração. Logo, as teorias subjetiva e objetiva complementaram-se, mas certo é que o trabalho desenvolvido por Rolf Serick restou fundamental para a aplicação da teoria da desconsideração, pois – como se frisou acima – de certa maneira também encampou o abuso de direito objetivo.¹⁴⁸

¹⁴⁸ SERICK, Rolf. Op. cit., pág. 107.

2.3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade Empresária (entre a omissão legislativa e uma regulação de equilíbrio)

A origem da técnica da desconsideração da personalidade jurídica está no *common law*, destacando-se a jurisprudência norte-americana que se apoiou em diversificada doutrina, para justificar o levantamento do véu da pessoa jurídica, na perspectiva de buscar para o caso concreto a justiça possível. Evidenciou-se como um caminho recorrente, por exemplo, como pressuposto para a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, submeter o caso sob análise a uma espécie de duplo teste – a denominada teoria do *alter ego* – subdividindo-se a análise em dois tópicos. Primeiro, avaliar se pontualmente há interesses divergentes entre os sócios e a pessoa jurídica e se realmente possível delimitar patrimônios distintos, isto é, se ainda não detectável a confusão patrimonial (o *formalities requirement*). Em segundo lugar, analisar se a atuação dos sócios em nome da sociedade está a consubstanciar um resultado contrário à equidade (o *fairness requirement*).¹⁴⁹

2.3.1 A doutrina norte-americana

A doutrina norte-americana quis, portanto, objetivar a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, indicando indícios mínimos para subsunção do caso concreto a conclusões tomadas em situações semelhantes enfrentadas pelo Poder Judiciário daquele país. Buscou a doutrina as situações de fato e os padrões a serem contextualizados para que fosse possível invocar a teoria da *disregard legal entity doctrine*. Uma operação lógica, reduzindo-se à mensuração ou comparação dos parâmetros sistematizados pela doutrina (algo feito antecipadamente, objetivamente) e as circunstâncias do caso concreto *sub judice*. De tal operação, erigia-se necessária a aplicação da técnica da desconsideração, quando detectadas disfunções injustas relacionadas à personificação do ente coletivo ou mesmo como meio eficaz para evitar a fraude.

Verificados os pressupostos acima elencados, multiplicaram-se os casos concretos em que se percebeu positiva a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sobressaindo-se os casos relacionados aos desmandos no meio empresarial, ora prejudicando os próprios acionistas, ora os seus credores. A catalogação de tais hipóteses foi lembrada,

¹⁴⁹ WORMSER, Maurice. In **Piercing the veil of corporate entity**, pág. 500.

dentre outros, por Carmen Boldó Roda¹⁵⁰, enumerando dezenove situações a revelar o uso abusivo da sociedade empresária. Numa tradução livre, tem-se: 1) confusão de patrimônios entre a sociedade e seus acionistas; 2) desvio de fundos da sociedade para fins não corporativos; 3) ausência de cumprimento das formalidades corporativas para subscrição das ações; 4) um único sócio; 5) discrepâncias ou escrituração deficitária dos livros da sociedade; 6) identidade entre os sócios de sociedades; 7) identidade de diretores encarregados da gestão ou supervisão de sociedades; 8) Infracapitalização, diante de patrimônio deficitário ou incompatível com os riscos da atividade empresarial desenvolvida; 9) ausência de separação entre os ativos das sociedades; 10) uso da sociedade como subterfúgio para levar a cabo iniciativas particulares; 11) concentração de todas as ações nas mãos de um único ou de uma determinada família; 12) uso do mesmo estabelecimento empresarial pela sociedade e seu único sócio; 13) emprego dos mesmos trabalhadores e gerente pela sociedade e seu único sócio; 14) encobrimento da identidade, propriedade, gestão ou interesses financeiros da sociedade e das atividades empresariais dos sócios; 15) ausência de formalidades legais e da manutenção da desejada distância entre sociedades relacionadas; 16) uso da sociedade para alcançar trabalho, serviços ou mercadorias de outra pessoa jurídica ou entidade; 17) desvio de bens e de fundos da sociedade por ou para um sócio em fraude contra credores ou manipulação do ativo e do passivo da sociedade para concentrar o ativo ou passivo nas mãos de outra; 18) uso da sociedade como um subterfúgio para levar a cabo transações ilegais; 19) constituição e uso da corporação para assumir as obrigações existentes e pertencentes a outra pessoa ou entidade.

Da leitura do elenco acima, claramente, perceptíveis o abuso de direito ou a confusão patrimonial, quando não imbricados, ou seja, a confusão patrimonial ora se revelou pressuposto, ora consequência do uso abusivo da pessoa jurídica. Na preponderância de um ou outro dos indícios, inferiu-se que a sociedade empresária se afastou de sua função social. Mais uma vez, por oportuno, possível enxergar que o entendimento esposado pela doutrina norte-americana – da necessidade de eleição de indícios seguros para a encampação da técnica da desconsideração, o que indica limites para a aplicação da referida técnica – foi salientado e adaptado à realidade alemã, quando do trabalho de Rolf Serick e – como se defendeu acima – sintetizado e incorporado ao direito pátrio através das cláusulas gerais inscritas no art. 50, do CC.

¹⁵⁰ RODA, Carmen Boldo. *Levantamiento del velo y persona jurídica em ele derecho privado español*. Revista Derecho das Sociedades, editora Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 148.

De se ressaltar, porém, que do rol rememorado por Carmen Boldó Roda, algumas das hipóteses (pertinentes ao descumprimento das formalidades legais) dispensam a denominada técnica da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que impõem a responsabilidade direta dos sócios infratores ou dos administradores que forem condizentes com as fraudes mencionadas. As regras específicas do direito societário se mostram mais eficazes do que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, pois, nitidamente, a pessoa jurídica não pode e não deve ser anulada pela vontade desvirtuada de alguns de seus membros.

Se de ente coletivo se trata, basta pensar, por exemplo, no direito de uma minoria que não seja condescendente com o desvirtuamento da vontade da sociedade (quando em nome dela se age, para se alcançarem outros propósitos divorciados do objeto social), nem com a fraude e que tenha a coragem de manter o empreendimento. Exemplo claro disso, em relação à LTDA, é o que dispõe expressamente o artigo 1080, do CC¹⁵¹, ao asseverar que aqueles que infringirem o contrato social ou a lei tornar-se-ão responsáveis ilimitadamente pelas deliberações correlatas. De modo similar, na S/A, serão diretamente responsabilizados o acionista controlador, em caso de abuso de poder (art. 117 da LSA)¹⁵², e os administradores

¹⁵¹ Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

¹⁵² Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

quando agirem em desconformidade com a lei ou o estatuto (art. 158, inc. II, também da LSA)¹⁵³.

No direito brasileiro, em se tratando de sociedade empresária, devem ser precisadas as hipóteses de responsabilidade direta, as quais, diante do princípio da segurança jurídica e do princípio da preservação da empresa, devem ser priorizadas em relação às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Primeiro, porque, uma vez antecipadas pela legislação, garante-se previsibilidade. Segundo, porque individualiza o sócio infrator, alcançando apenas o seu patrimônio.

2.3.2 A doutrina argentina

No direito comparado, especificamente no direito argentino, a lei que trata das sociedades comerciais demonstra-se mais abrangente que o CC. Coincidente, tanto lá, quanto aqui, o desvio de finalidade, tendo em vista que o par. 3º, do art. 54, da Lei das Sociedades Comerciais Argentina, sanciona com a imputação de responsabilidade ilimitada e solidária, por eventuais prejuízos causados, os que fizerem uso desvirtuado do ente coletivo, quando a “atuação da sociedade encubra a consecução de fins extra-societários e constitua um mero recurso para violar a lei, a ordem pública”. Tende, em sentido oposto, à ampliação da aplicação da técnica da desconsideração quando malferida a “boa fé” ou quando “frustre direitos de terceiros”.¹⁵⁴

¹⁵³ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

- I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
- II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for convivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

¹⁵⁴ Tradução livre o texto de lei contido na lei argentina referida.

A doutrina argentina, ao classificar as hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica, mede tais hipóteses pelo grau de comprometimento do princípio da autonomia jurídica, isto é, tem em comum o fato de deixar de lado algumas ou várias consequências advindas da personificação das sociedades comerciais.¹⁵⁵ Existirão situações em que a desestimação do ente coletivo será absoluta, ou seja, haverá a declaração do desconhecimento ou a ignorância da qualidade de sujeito de direito à sociedade empresária. Como exemplo, a simulação absoluta de uma determinada sociedade ou constituição de uma sociedade que explore objeto flagrantemente ilícito.

O mais comum, entretanto, serão as desconconsiderações parciais, para favorecer a credores determinados. Tratar-se-ão, à evidência, de desestimações limitadas, pois a personificação dos entes coletivos se manterá hígida, não podendo ser obstáculo, ou não sendo oponível a credores específicos e isso em razão dos pressupostos ou requisitos estipulados pela lei.

Num terceiro grupo de casos, a técnica da desconconsideração da personalidade se contextualizará com a extensão da quebra de uma sociedade empresária em relação a outra, nos termos da lei argentina de regência (art. 160 e 161, da Lei 24522/95). O grupo intermediário, ainda na perspectiva da doutrina argentina – que aqui merece análise mais detalhada, porque se aproxima do sistema jurídico brasileiro – perceber-se-á com a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica quando houver conflitos com terceiros. O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, por isso, poderá envolver terceiros alheios à administração da sociedade, seus sócios, administradores eventualmente não sócios e a própria pessoa jurídica. Os pólos ativo e passivo de eventual ação judicial – tomando-se, respectivamente, terceiros contra os membros do empreendimento, seus administradores e o próprio ente coletivo – poderão ser invertidos.

Ao se esmiuçar a desestimação da personalidade da sociedade em virtude de um conflito com terceiros, quando estes terceiros requererem o levantamento do véu, a hipótese de desconconsideração será classificada como ativa, podendo ainda ser qualificada como direta ou frontal (quando os terceiros são credores da sociedade) e a ação for dirigida contra o ente coletivo, determinados sócios e os administradores do empreendimento. Para exemplificar tal hipótese foram lembrados precedentes originários de reclamações trabalhistas em que os

¹⁵⁵ RAFFO, Francisco M. López. In *El Corrimiento del Vel Societario (Alcances del art. 54, último párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales)*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 68).

empregados buscavam receber verbas trabalhistas contra sociedades que não haviam formalizado os respectivos contratos de trabalho.

É possível classificar a desconsideração ativa da personalidade jurídica também em indireta ou lateral, isto é, quando o arrefecimento da personificação se busca não para satisfazer credores da sociedade, mas sim credores dos próprios sócios ou de seus administradores. Uma terceira classificação seria resultado de um pedido de desconsideração ou iniciativa dos próprios sócios, de seus administradores, em benefício da sociedade, e contra terceiros. Em tais casos – desconsideração passiva –, há que se distinguir também a desconsideração direta e a desconsideração indireta. Na primeira situação, a desconsideração há de se operacionalizar para contestar o direito de credores da sociedade.

A título de ilustração, se o fisco pode redirecionar a execução frustrada contra os sócios e os administradores e, ainda, superar o dogma da autonomia diante de sociedades que constituam um grupo econômico, para se evitar lesão ao erário público, por outro lado, para se evitar uma tributação exagerada, ainda que entre as sociedades formalmente se possam escriturar operações mercantis, certo é que a tributação de tais operações poderá demonstrar-se contrária à realidade, ao se considerar que, na verdade, o grupo de sociedades, em virtude de determinadas circunstâncias (nítido controle acionário), ultime por revelar-se como uma unidade econômica.

Tal entendimento foi esposado pela Corte Suprema de Justiça da Nação (órgão de cúpula do Poder Judiciário argentino) no caso “Mellor Goodwin Combustion S.A. contra Gobierno Nacional”, em que se postulou a repetição do pagamento de impostos, sob a alegação de tributação indevida, tendo em vista a realização de operações mercantis entre sociedades do grupo Mellor, escrituradas formalmente, mas sem a efetiva transferência de mercadorias. A sociedade controladora buscou, neste caso, a desconsideração pontual de sua personalidade jurídica, extensível também à controlada, na perspectiva de um regime tributário mais favorável, tratando o grupo econômico como um único contribuinte.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Por esclarecedor, confira-se, numa tradução livre, trecho das razões expostas por aquela suprema corte, excerto citado por COBLES, José Hurtado, op. cit. pág. 75-104: “Os tribunais podem descerrar o véu societário no interesse dos mesmos que o tenham criado, fazendo aplicação positiva da teoria da penetração e assim mesmo admitir a invocação – como no presente caso – da teoria do grupo econômico (...) destacando-se a prevalência das razões de direito sobre o ritualismo jurídico formal, substitutivo da substância que define a justiça, apreendendo a verdade jurídica objetiva, seja esta favorável ao fisco ou ao contribuinte”.

Ainda que rara a hipótese acima, bem se vê que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica também pode ser invocada para favorecer o empreendimento. Na mesma perspectiva e tendo em conta, mais uma vez, o princípio da preservação da empresa, a doutrina argentina classifica como passiva indireta ou lateral a invocação da teoria da desconsideração, para que dívidas pessoais dos sócios não sejam tratadas como obrigações do empreendimento.¹⁵⁷

Além dos casos de conflitos externos entre o ente coletivo e terceiros, também teoricamente possível imaginar que conflitos internos entre os sócios, bem como entre eles e os administradores e a sociedade culminem em pedidos que relevem o dogma da separação dos patrimônios, quando os sócios controladores, por exemplo, defraudarem o patrimônio da pessoa jurídica, utilizando-a para fins extra-societários e em detrimento dos demais sócios.

A exemplo do Brasil, a Argentina optou pela regulação dos casos de desconsideração, mas pontuando cláusulas gerais como normas-princípio do direito societário. Se por um lado, tal opção se demonstrou um avanço, a bem de uma interpretação lógico-sistemática e para se evitar os efeitos negativos de uma inflação legislativa (própria do ordenamento pátrio capaz de causar a ineficiência do nosso sistema como se verá adiante), por outro tem merecido críticas, no sentido de que a positivação dos casos de desconsideração poderia cristalizar um instituto que estaria em plena evolução e que se tem baseado em cláusulas gerais já existentes na legislação civil, como o abuso de direito, a fraude à lei, a simulação, dentre outros.

Em prol da necessária segurança jurídica, a regulação das hipóteses ou dos pressupostos da técnica da desconsideração foi medida acertada. Entretanto, há o risco de uma banalização do instituto, ao se buscar uma aplicação da referida técnica que se baseie apenas em indícios de insolvabilidade, a privilegiar alguns credores, em detrimento de outros, os quais deveriam ter um tratamento isonômico no procedimento próprio: o da ação de responsabilização (art. 82, da LFRE) ou, subsidiariamente, o da execução coletiva, ou seja, através do rito falimentar (também disciplinado no microsistema da LFRE).

A desconsideração da personalidade jurídica na ação de responsabilização ou na falência irradiará seus efeitos para todos os demais credores da pessoa jurídica, inclusive credores da mesma categoria daquele que seria beneficiado pela técnica da desconsideração da personalidade jurídica individualmente. Não apenas um credor trabalhista ou um

¹⁵⁷ Neste sentido, o pensamento de RAFFO, Francisco M. Lopez, pág. 77.

consumidor seria beneficiado, mas a universalidade deles, em igualdade de condições, segundo a premissa da *par conditio creditorum*.

2.3.3 A regulação da desconsideração da personalidade como posição minoritária no contexto ibero-americano

Logo, não basta a previsão abstrata das hipóteses em que possível a superação do dogma da autonomia patrimonial, mas também se fazem necessárias regras específicas para ponderar os efeitos de tal opção. Como exemplo disso, tem-se a legislação uruguaia a respeito do tema, que se apresenta menos genérica do que a argentina, pois não faz referência à cláusula geral de boa-fé como porta ou justificativa da desconsideração, mas a evidencia como limite para a utilização do referido instituto e para preservar os interesses de terceiros não favorecidos com eventual desconsideração. Percebe-se, ao menos teoricamente, que os casos de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias no Uruguai concentram-se no enfrentamento do uso abusivo dos entes coletivos e também se relacionam com a preservação do empreendimento, vislumbrando os conflitos externos e internos passíveis de contextualizar a necessidade da desconsideração.

Numa tradução livre da Lei 16060/89 (lei societária do Uruguai)¹⁵⁸ sobre o tema desconsideração da personalidade jurídica, possível perceber a técnica da desconsideração como medida excepcional, pois aplicável somente se demonstrada a fraude contra sócios, acionistas, terceiros ou à lei ou violação à ordem pública, provocando prejuízo a alguém. A referida legislação limita a desconsideração ao caso concreto em que se aplica, proibindo que ela alcance terceiro de boa-fé.

Ao analisar-se a legislação ibero-americana, percebem-se minoritários os países que optaram pela regulação (como Brasil, Argentina e Uruguai) da desconsideração da personalidade jurídica como instituto autônomo, sendo que os demais países a tem aplicado e reconhecido apenas judicialmente. José Hurtado Cobles, ao contextualizar o tema na Espanha e em países de língua espanhola, na América, salientou o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a técnica da desconsideração deve ser aplicada com máxima cautela e

¹⁵⁸ “Art. 189. Poderá prescindir-se da personalidade jurídica da sociedade, quando esta seja utilizada em fraude à lei, para violar a ordem pública, ou como fraude e prejuízo de direitos dos sócios, acionistas ou terceiros. Art. 190. A declaração de inoponibilidade da personalidade jurídica, somente produzirá efeitos em relação ao caso concreto em que seja declarada (...) Em nenhum caso, o prescindir da personalidade jurídica poderá afetar a terceiros de boa-fé. O disposto se aplicará, sem prejuízo das responsabilidades pessoais dos participantes dos fatos, segundo a gradação de sua intervenção e conhecimento dos mesmos fatos.”

também se buscando atender às peculiaridades do direito societário. Seria dizer que se propõe como denominador comum uma aplicação restritiva da referida teoria, que deverá ser utilizada, por um ideal de justiça material, para afastar formalismos estéreis e que possam se travestir do uso abusivo da sociedade empresária.¹⁵⁹

Entre a ausência de regulação e uma regulação atabalhoada, deve-se buscar o equilíbrio. O labor jurisprudencial tem estabelecido critérios díspares para a aplicação da teoria da desconsideração, sendo que os adeptos da aplicação de tal teoria sem sua positivação defendem que o direito também corresponde a sua aplicação e, se plenamente reconhecida a personificação às sociedades – quase que um absolutismo legislativo -, a fissura do ordenamento jurídico, neste particular, deve mesmo ter como fonte a cotidiana construção de juízes e tribunais, na perspectiva de que o abrandamento ou relativização do dogma da pessoa jurídica mereça ser discutido topicamente, solucionando-se os casos concretos em que a forma da pessoa jurídica negue a realidade. Em conclusão, sugere-se que a aplicação efetiva da referida técnica se dê diante da ausência de eventual norma que a regule, por se ponderar que, neste caso, a melhor lei seja aquela que não existe, tendo em vista a tendência natural de que eventual norma escrita, uma vez assimilada e entendida, não acompanhe novas fórmulas e mecanismos fraudulentos.

A regulação (nos países que a implementaram), por outro lado, demonstrou-se vantajosa, pois um maior grau de segurança jurídica exige-se de uma legislação que se proponha eficiente. O direito societário, sub-ramo do direito empresarial, por sua especificidade, como microssistema de direito, merece vanguarda no tratamento do instituto da desconsideração, não se demonstrando aceitável que a referida doutrina continuasse a se abeberar de institutos gerais de direito privado, fundamentando-se em institutos carregados de vagueza, ambiguidade e subjetividade, exemplificando-se tais institutos com o abuso de direito e a fraude à lei.

A positivação do instituto percebeu-se como resultado da incorporação da jurisprudência e doutrina internacionais aos casos nacionais, sendo de se destacar como solução para a passividade ou omissão dos legislativos (que ainda não optaram pela regulação), a aplicação pelos juízes e tribunais da teoria da desconsideração tendo em vista a eleição de grupos de casos, os quais corresponderão às cláusulas gerais ou dos quais se

¹⁵⁹ COBLES, José Hurtado, op. cit., pág. 299.

poderão apreender as diretrizes a subsidiar a aplicação de tal doutrina e instruindo o caminho para eventual regulação.

A regulação poderá racionalizar o trabalho construído pelo Poder Judiciário, pois a sistematização das normas jurídicas a respeito e o diálogo de fontes correspondentes há de pautar a utilização da técnica da desconsideração de forma equilibrada, coibindo eventuais abusos dos dirigentes dos entes coletivos, mas sem se perder de vista que a atividade empresarial é interesse difuso e, por isso, os conflitos internos ou externos a projetarem pedidos de desconsideração, redundarão, implicitamente, em decisões potencialmente comprometedoras de interesses de terceiros não cientes das demandas judiciais. Tal problema se potencializa ou se torna mais agudo, quando se percebem entes coletivos que agem sob a influência diretiva ou econômica de outros, como se explanará nos tópicos seguintes.

2.4. As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica na legislação brasileira

Admitir-se o risco exclusivo e ilimitado para o empreendedor seria, reflexamente, admitir uma situação em que os custos poderiam inviabilizar o preço final dos bens ofertados no mercado. Por isso, o princípio da autonomia patrimonial continua e permanecerá como pilar do direito empresarial.

No Brasil, optou-se pela regulação genérica e parcelar do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Ainda que não tenha sido o primeiro diploma legal a positivá-la, merece destaque o CC, pois trouxe verdadeiras cláusulas gerais, cláusulas abertas a incorporar o instituto na legislação pátria.

Como se afirmou, o CC, em seu artigo 50¹⁶⁰, reproduziu as inquietações e conclusões da obra pioneira de Rolf Serick, ao mitigar os efeitos da personificação, quando contextualizado o uso indevido do ente coletivo ou a negação do princípio da autonomia patrimonial, quando não identificável uma linha divisória entre o patrimônio particular dos sócios e o patrimônio da sociedade. Para fincar o entendimento, oportuno lembrar que o referido dispositivo exige que a pessoa jurídica tenha sido utilizada abusivamente, com a prática de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial pelos sócios. Além disso, a desconsideração somente será aplicada a requerimento do prejudicado ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no feito.

Nitidamente, além das feições subjetiva e objetiva - que muito bem poderiam ser rebatizadas de punitiva e funcional da referida teoria – percebe-se a responsabilidade subsidiária dos sócios, pois poderá haver, excepcionalmente, o alcance ou comprometimento de seus bens particulares por obrigações pendentes da sociedade.

A técnica das cláusulas gerais tem permitido a positivação de princípios, conceitos jurídicos indeterminados que incorporam valores aos diplomas legais, cujo significado e abrangência serão contextualizados nos casos concretos pelos julgadores. A título de exemplo fala-se em boa-fé objetiva como norma-princípio multifuncional, pois referenciada diversas

¹⁶⁰ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

vezes no CC: como parâmetro de interpretação (art. 113)¹⁶¹, como limitadora do exercício de direitos (art. 187)¹⁶² e como criadora de deveres anexos entre os contratantes (art. 422)¹⁶³.

Em sentido semelhante, quando se fala em desvio de finalidade da pessoa jurídica, não definiu o legislador quais as circunstâncias reveladoras de tal desvio, sendo que somente o enfrentamento dos casos concretos poderá e redundará na contextualização daquele conceito jurídico genérico. A título de ilustração tem-se a hipótese de subcapitalização¹⁶⁴ do ente coletivo, quando, apesar da personificação, as entradas favoráveis ao empreendimento acabam sendo redistribuídas entre os sócios, sem que haja contingenciamento de reservas para fazer frente ao desenvolvimento do objeto social.

Defensável, nesta hipótese, a tese de que restará comprometida a autonomia da pessoa jurídica e, concomitantemente, perceptível o avizinhar-se da confusão patrimonial, indiciariamente demonstrável pela ausência de contabilidade formal. Por este exemplo, entrelaçam-se as feições subjetiva e objetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Caminham lado a lado. Há situações em que o gritante desrespeito à lei poderá induzir à contextualização daquelas cláusulas gerais, como no caso de dissolução irregular do empreendimento.¹⁶⁵

Pragmaticamente, é possível dimensionar que o desvio de finalidade ultimar-se-á por ocasionar a confusão patrimonial. Apesar disso, teoricamente, convencionou-se que o art. 50, *caput*, do CC estaria a encartar a chamada teoria maior da desconsideração. Assim cognominada se comparada às hipóteses de desconsideração em que se tem como único requisito para viabilizar a desconsideração a insolvabilidade da pessoa jurídica (a exemplo do que ocorre nas relações de consumo). Teoria maior a ser visualizada na sua vertente subjetiva

¹⁶¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁶² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁶³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁶⁴ Neste sentido, o pensamento de TOMAZETTE, Marlon, op. cit., pág. 251.

¹⁶⁵ A título de exemplo, confira-se o precedente que ora se colaciona: STJ. REsp 1259066/SP, 3ª. Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 28/06/2012.

ou no seu viés objetivo. Logo, o qualificativo maior se explicaria pela junção dos pressupostos do art. 50 com o déficit financeiro da pessoa jurídica¹⁶⁶.

A teoria menor, por outro lado, pode ser exemplificada pelo § 5º, do art. 28, do CDC, que prescinde ou não considera, nem investiga eventual desvio ou mesmo confusão patrimonial. Advoga-se que entre desiguais – e não no meio empresarial – demonstra-se justificável uma legislação protecionista, pois do contrário se transferiria a quem não buscou o lucro com a atividade os riscos do empreendimento.¹⁶⁷ O mero obstáculo não está condicionado às hipóteses do *caput*, do referido art. 28.¹⁶⁸ ¹⁶⁹O § 5º, apesar de sua topografia, serviria não para especificar as hipóteses do *caput*, mas para expandir, como cláusula aberta¹⁷⁰, cláusula geral, portanto, a possibilidade de contextualização da desconsideração da personalidade jurídica, sempre que o consumidor for impossibilitado de ressarcir-se dos prejuízos causados pelo fornecedor.

Entretanto, noutra perspectiva, tal hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, meramente objetiva, autônoma, significará, no âmbito das relações de consumo o aniquilar do princípio da autonomia patrimonial.¹⁷¹ A insolvabilidade, para fundamentar, a desconsideração da personalidade jurídica deveria estar jungida a uma atuação dos sócios irregular ou ilícita, ou seja, vinculada às hipóteses do *caput*, do referido art. 28, do CDC.¹⁷² A desconsideração da personalidade jurídica mesmo do fornecedor ainda se trata de medida excepcional¹⁷³.

¹⁶⁶ De se salientar, entretanto, o posicionamento do CJF nos seguintes enunciados:

“281 – Art. 50. A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do CC, prescinde a demonstração de insolvência da pessoa jurídica.”

“282 – Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.”

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 302-302.

¹⁶⁸ FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, pág. 189.

¹⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 353.

¹⁷⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002*. Revista dos Tribunais, v. 95, n. 846, pág. 22, São Paulo, RT, abr. 2006

¹⁷¹ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor (Anotado e Comentado)*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 352.

¹⁷² KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor*. RDC 13/83-84.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual)*. Revista Forense n. 371, Forense, Rio de Janeiro, pág. 3-15, jan./fev. 2004.

A desconsideração da personalidade jurídica não deveria redundar na sua dissolução (ainda que fática). Aceitar-se como único requisito para a configuração de tal instituto a ausência de patrimônio social corresponderia à subversão da teoria que o construiu (nas suas origens correlacionado ao uso fraudulento ou abusivo do ente coletivo), pois a pessoa jurídica também seria coisificada, sendo que a teoria do levantamento do véu corporativo, a par de prestigiar os direitos dos credores sociais, também tem o objetivo de preservar o ente coletivo.¹⁷⁴

Repise-se, por isso, que a aplicação objetiva da técnica da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor coletivo poderá redundar na sua extinção, demonstrando-se como um desserviço¹⁷⁵, pois poderá impedir, indiretamente, por exemplo, o acesso de outros consumidores a caríssimos bens de consumo, pois neles estaria embutido o custo de eventual responsabilidade ilimitada do sócio. Também levaria à ausência de mercado para o empreendedor. Assim, o que serviria para atender a interesses recíprocos - a atividade empresarial - tornar-se-á prática inviável, ante o risco unilateral desproporcional aos benefícios da atividade econômica, necessária a todos, mas arriscada apenas para o empreendedor.

Isso poderia levar a uma forma de tragédia dos comuns. Explica-se: se a atividade econômica é empreendida por um membro da coletividade, trazendo benefícios e riscos para ele, e apenas benefícios para todos os demais, a tendência é a de que todos queiram apenas os benefícios e ninguém se disponha ao risco da atividade econômica, eliminando, assim, a produção. Quando o risco é de alguns e o benefício é de todos, isso desestimula os que correm o risco e o benefício será de ninguém. O consumidor que vier a ser ressarcido em qualquer hipótese, inclusive buscando o patrimônio pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, usará seu benefício até esgotá-lo, podendo até deixar de mitigar eventuais riscos sobre o produto adquirido. Isso porque seu risco é nenhum.

Há mais de dois mil anos, Aristóteles já cogitava que “aquilo que é comum ao maior número despertará sobre si os menores cuidados”. Como todos, empreendedores, consumidores, trabalhadores, estado e sociedade beneficiam-se da atividade das empresas,

¹⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito Processual Civil, Série Grandes Pareceristas*, v. 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pág. 259.

¹⁷⁵ GOMES, Magno Federici; MAIA, Estefânia Lima. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor: análise dos aspectos processuais*. In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. N. 21/34.

nada mais razoável que todos assumam seus riscos. A preocupação demonstrada, até esse ponto, vem da recente escalada legislativa no sentido de criar mais e mais hipóteses de desconsideração objetiva da personalidade jurídica.¹⁷⁶

Tal exceção à autonomia da pessoa jurídica, somente se justifica enquanto combatendo fraude e abuso, ou seja, perseguindo a senda subjetiva negativa daqueles que se apoderam da autonomia da pessoa jurídica para maquiarem suas intenções gananciosas e enganadoras, assumindo grandes obrigações em nome da sociedade, desviando para si a vantagem econômica decorrente, e escondendo-se atrás da pessoa jurídica, verdadeira “laranja” desses fraudadores. Todavia, a referida prática não representa a da maioria dos empreendedores. Apresenta-se como excepcional, assim como deveria ser a desconsideração da personalidade jurídica.

O art. 50 do CC seria uma norma compatível com a referida socialização dos riscos, pois autoriza a desconsideração no caso de “desvio de finalidade” ou de “confusão patrimonial”. Ambas as expressões guardam uma generalidade de perspectivas e de hipóteses de aplicação concreta, de maneira que estariam a fundamentar todas as modalidades de fraude, já que nenhuma pessoa jurídica tem por finalidade fraudar, nem é escopo dela fundir patrimônio particular de sócio com o patrimônio social. Note-se que, na presente hipótese legal, as duas situações: “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial” tem de estar em contexto fático que caracterize o “abuso da personalidade jurídica”. É dizer, caberá ao juiz, em cada hipótese concreta, verificar se houve a intenção (subjetiva) abusiva na utilização da pessoa jurídica, desviando-a de sua finalidade ou confundindo seu patrimônio com o de seus membros.

A proposta do parágrafo anterior garantiria a ampla defesa, a preservação da empresa, a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade, o incentivo ao investimento na atividade produtiva e a isonomia no trato da atividade societária e empresarial, em confronto com o sujeito comum, uma vez que o sócio responderia pessoalmente pelo ato, todavia em razão da intenção com que o praticou, e não seria responsabilizado, de antemão, *ex vi lege*, apenas por ser sócio-empresendedor em razão de estar o credor no prejuízo.

Fábio Ulhôa afirma que a redação do artigo 50 do CC atendeu a uma sugestão de Rubens Requião (subjetivista), ao inserir a necessidade da prova do abuso na utilização da

¹⁷⁶ Anoto não ser contra a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pelo contrário, o instituto é de grande valia no combate à fraude e ao abuso da utilização da pessoa jurídica.

pessoa jurídica, todavia, adotou uma formulação de Fábio Comparato (objetivista), ao estabelecer a necessidade da comprovação de “desvio de finalidade” ou de “confusão patrimonial”.¹⁷⁷

De toda sorte, a desconconsideração da personalidade jurídica a partir de um critério subjetivo, mostra-se bem mais eficiente que a aplicação objetiva. Isso porque a incerteza da satisfação total do crédito pela invasão do patrimônio particular do sócio leva à possibilidade da barganha e da autocomposição entre as partes, o que, ainda, dá ao empreendedor aquela melhor condição de investir, sabendo dimensionar o risco assumido, eis que, limitado.

Na contramão do entendimento até agora esboçado, novamente, estão as hipóteses de aplicação objetiva da desconconsideração da personalidade jurídica já contempladas em lei. Nelas, o fato (insolvência da sociedade), por si só, já onera o patrimônio particular do sócio da pessoa jurídica, independentemente de fraude, abuso ou outro elemento subjetivo manifesto na prática do ato do qual decorreu o dano ao credor.

É uma hipótese de responsabilidade objetiva plenamente ineficiente, do ponto de vista da análise econômica do direito, pois despreza o elemento subjetivo motivador do fato (insolvência da sociedade) e se concentra na vontade do legislador de reparar o dano a todo o custo e às expensas de quem quer que seja, mesmo que recaia sobre quem já havia assumido o necessário maior risco da atividade econômica.

Uma análise mais acurada do artigo 28, § 5º, do CDC¹⁷⁸ demonstra que sua redação chega a ser um obstáculo ao empreendedorismo, pois o legislador estabeleceu que os sócios sejam atingidos em seu patrimônio, “sempre que, de alguma forma” houver dano causado ao consumidor. A regra é precipitada, assustadora e exterminadora da possibilidade de se exercer a atividade econômica com a segurança decorrente da proteção do patrimônio pessoal, até porque mais de 90% das relações de pessoas jurídicas empresariais são estabelecidas entre elas e consumidores. Na hipótese de infortúnio para o consumidor, pode ele buscar sua indenização até entre os bens pessoais dos sócios. Proteger o consumidor é necessário, todavia, também é necessário garantir a atividade produtiva, estimulá-la e protegê-la, pois a todos (Estado, Mercado, Empregados, Consumidores, Coletividade) interessa a constituição e preservação das pessoas jurídicas produtivas.

¹⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., pág. 126.

¹⁷⁸ “§ 5º - Também poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

A norma, como posta, é um atentado fatal à autonomia da pessoa jurídica e acaba fulminando a segurança do investimento privado na produção. Mostra-se possível promotora daquela hipótese real de tragédia dos comuns, explicada anteriormente. Digo atentado fatal porque o encerramento de uma empresa é a eliminação de parcela da sociedade, na medida em que se deixa de produzir ou fazer circular bens, eliminam-se empregos, deixa-se de gerar e recolher tributos, impedindo-se, reflexamente, o investimento privado em infra-estrutura e melhorias sociais, além de reduzir a concorrência e, com isso, a modernização e barateamento de produtos e serviços, reduzindo a distribuição de renda, como fator último, a prejudicar toda a coletividade.

Alguém poderá argumentar que o espaço deixado por uma empresa fechada será ocupado por outra. Todavia, não é bem assim o funcionamento prático do referido fenômeno no mercado. Na maioria das hipóteses, aquela atividade encerrada será incorporada por outra empresa já existente, a qual arrebanhará a clientela, sem absorver a massa de empregados dispensados da extinta, fazendo surgir os super e os hiperempreendimentos, os quais não guardam qualquer irregularidade, porém, concentram o investimento de tal forma que, ao menos o emprego e a aplicação em infraestrutura, ficam minguados, enxugados e concentrados. Verdadeira concentração de renda, em detrimento dos pequenos e microempreendimentos, distribuidores de renda que são.

Em outro exemplo, encontra-se a previsão do art. 4º, da Lei 9605/98¹⁷⁹, que dispõe sobre crimes e lesão ao meio ambiente, determinando que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica, se houver obstáculo financeiro ao recebimento de multas por infração à legislação ambiental ou de valores necessários à reparação do dano ao meio ambiente, em face de insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica.

Mais uma vez a hipótese é objetiva, pois não se investiga dolo ou culpa, intenção ou não de causar o dano. Contenta-se a regra com a invasão do patrimônio particular do sócio apenas pelo fato em si, pela necessidade de se reparar o dano causado, sem qualquer limite imposto pela autonomia da pessoa jurídica. É importante lembrar que, mesmo o Direito Penal, protetor extremo de bens inalienáveis, não suporta, nem concebe responsabilidade objetiva, havendo apenas dois resquícios dela em nossa legislação, contidas na regulamentação da embriaguez e do crime de rixa.

¹⁷⁹ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

A responsabilidade do sócio deve existir e ser acionada quando da insolvência da pessoa jurídica, todavia deve ser respeitado o limite contratual e legal desta responsabilidade. Para se ultrapassar esse limite, o critério objetivo mostra-se por demais rigoroso, pois presume fraude, abuso, má-fé ou o que lhe equivalha, verdadeira soma de todos os elencos anteriores de causas a justificarem a técnica da desconsideração, todavia sem considerar o elemento de vontade.

Na mesma perspectiva se encontra o § 3º, do art. 18, da Lei 9847/99¹⁸⁰, quando expressamente determina a desconsideração da personalidade jurídica se houver óbice à reparação de prejuízo ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao abastecimento nacional de combustíveis. Logo, em mais este exemplo, vê-se a consagração da denominada teoria menor, que contraria a gênese da teoria da desconsideração, pois, sem qualquer critério de aferição da conduta ou da vontade dos sócios, além da constatada insolvabilidade da pessoa jurídica, afasta o dogma da autonomia patrimonial.

Outra hipótese objetiva é aquela prevista no art. 34, da Lei 12529/11¹⁸¹, a qual confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no âmbito de sua atribuição, para julgar atos ilícitos contra a ordem econômica e impor aos condenados o pagamento de multa, a qual se constituirá em título executivo. Assim, não encontrados bens para satisfação da dívida no patrimônio da pessoa jurídica, a lei autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, para que sejam alcançados os patrimônios dos sócios ilimitadamente. Nesse caso, o fundamento está ligado diretamente à intenção dos sócios em causar prejuízo à ordem econômica, ou seja, há um elemento subjetivo na análise da aplicação da desconsideração e até na aplicação da multa, emprestando-se, assim, certa proporcionalidade à previsão legal.

A lei prevê, ainda, hipóteses objetivas de aplicação da desconsideração nos casos de débito tributário não recolhido, art. 135 do CTN¹⁸², e, nos casos de débito trabalhista, artigos

¹⁸⁰ “§ 3º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.”

¹⁸¹ “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.”

¹⁸² “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

2º e 9º da CLT¹⁸³. Ambas encontram-se na mesma linha das hipóteses da relação de consumo e da lesão ao meio-ambiente.

Destarte, não são injustas e desproporcionais todas as hipóteses legais de desconsideração da personalidade jurídica. Questionáveis, todavia, aquelas que estão dissociadas de um critério subjetivo, apresentam-se como aviltantes dos princípios norteadores do Direito Empresarial Societário e da Análise Econômica do Direito, especificamente no que concerne à autonomia da pessoa jurídica, protetora e incentivadora do investimento privado na produção e circulação da riqueza. A eficiência, como se estudará, a seguir, e sob a ótica da análise econômica do direito, não foi o critério observado até aqui.

As hipóteses legais de desconsideração objetiva (bastando a insolvabilidade da pessoa jurídica), em contraposição à desconsideração subjetiva (fraude ou abuso), promoverão o equilíbrio ou o desequilíbrio na distribuição do risco da atividade econômica entre o empreendedor e a coletividade. Uma solução ótima seria aquela que equilibrasse requisitos objetivos com uma caracterização subjetiva. A fórmula do artigo 50 do CC aproxima-se desta solução ótima. Ocorre que, hipóteses apenas objetivas impõem o risco total ao empreendedor, enquanto a caracterização puramente subjetiva impõe todo o risco aos credores (coletividade). Possível um caminho do meio, sempre no interesse coletivo, sem desprezar o ponto de vista da análise econômica do direito, pois ela leva em consideração, sempre, a administração da escassez, problema que não é só da ciência econômica, mas da vida em sociedade.

¹⁸³ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...) Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

2.5 A desconsideração da personalidade jurídica no PL 1572/11 (o Novo Código Comercial Brasileiro)

O direito societário, hoje direito de empresa, com regime no CC, no PL 1572/11¹⁸⁴ (Novo Código Comercial) estabeleceu-se permeado de normas-princípio (princípios positivados) que denotam a necessidade de proteção dos empreendedores e permitem inferir os valores de um capitalismo social, isto é, um capitalismo capaz de gerar justiça social. Liberdade de associação, autonomia patrimonial do ente coletivo, subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações do empreendimento, limitação da responsabilidade dos sócios como meio de proteção do investimento, prevalência das deliberações da maioria e proteção da minoria dos sócios (art. 113) são também princípios de eficiência econômica.

Logicamente, o princípio da autonomia patrimonial demonstra-se essencial para fomentar a atividade empresarial. Empreendedores se lançaram à atividade de produção de bens e serviços se houver como, dignamente, planejar, prospectar o mercado, prever os custos, antever os riscos, contingenciar reservas. O lucro será o resultado de todo um árduo trabalho a ser cotidianamente pensado, validado, reavaliado, adquirindo-se insumos, saldando faturas com fornecedores, atendendo a consumidores, cuidando dos impostos pendentes, pesquisando estratégias de marketing, reinvestindo e reinventando-se quando necessário. Percebe-se, pois, que o ente coletivo que construindo sua vontade com o consenso relativizado dos sócios.

A sociedade, depois de formalizada sua constituição, tem vida jurídica independente da de seus sócios; compõe estrutura que merece a garantia estatal da não comunicabilidade de obrigações, mantendo-se hígida a separação entre o patrimônio social e o patrimônio particular de seus sócios-empresendedores.

Por outro lado, o projeto do novo Código Comercial, coerentemente, delimitou em seus art. 128 a 131, a possibilidade de relativização do princípio da autonomia patrimonial e demais princípios dele derivados (responsabilidade subsidiária dos sócios por obrigações da sociedade e socialização dos riscos, com a previsão de que a responsabilidade limitada deve

¹⁸⁴ PL 1572/11 em tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011. Acesso em 25/08/11, às 18:00.

ser percebida não para blindar o patrimônio dos investidores, mas para lhes trazer segurança jurídica).

E tal mitigação dos princípios basilares do direito societário, excepcionalmente, ocorrerá através da desconsideração da personalidade jurídica, expressamente regulamentada no direito projetado. As cláusulas gerais referentes ao desvio de finalidade e confusão patrimonial, a exemplo do que dispõe atualmente o art. 50, do CC, repetiram-se nos art. 128. O viés subjetivo da técnica da desconsideração da personalidade jurídica continuará a reclamar uma conduta desvirtuada dos sócios, para que respondam com seus bens por dívidas sociais. Não mais justo e lógico.

O art. 129, por sua vez, diz que a mera insolvabilidade, por si só, não é requisito hábil a autorizar o levantamento do véu corporativo. Assim, a denominada teoria menor não teria lugar nas relações entre empresários. A judicialização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica permanece, ou seja, somente o Poder Judiciário poderá, respeitado o contraditório e a ampla defesa, desconsiderar a personalidade jurídica do ente coletivo. Também consta do projeto um cuidado em se publicizar (art. 131) a decisão que desconsiderou a personalidade da pessoa jurídica, para que o cartório de distribuição informe o comprometimento da situação de crédito daquele alcançado pelos efeitos da técnica do levantamento do véu corporativo.

Apesar dos princípios acima elencados que convergem para a preservação do empreendimento, criticável que a judicialização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não se instrumentalize com uma fase preparatória em que as partes tenham a oportunidade de buscar uma solução construída para a situação de crise do ente coletivo. Assim, tanto o projeto do novo CPC, quanto o do Novo Código Comercial parecem ainda arraigados na litigiosidade de um processo preponderantemente adversarial.

De lege ferenda, novamente, propõe-se uma fase de conciliação antes da decisão pela desconsideração ou não da personalidade jurídica, a fim de que se sejam construídas alternativas que pareçam razoáveis às partes em conflito, mas sempre lembrando a elas que a preservação ou a ruína de uma sociedade empresarial trará malefícios a toda sociedade. Não parece lógico, portanto, aplicar-se o direito aos casos concretos, para potencializar ou subsidiar outros conflitos de interesses. Houve omissão do projeto no que diz respeito à regulamentação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de concentração econômica. Enfim, o sentimento que sem em relação ao PL 1572/11 é que se tornar legislação a incentivar e fortalecer a atividade econômica, sendo que as contribuições

futuras da sociedade civil organizada, dos operadores do direito e de profissionais de outras ciências, certamente servirão para racionalizar e tornar, em perspectiva, eficientes as normas que centralizaram o regime jurídico correspondente ao direito comercial.

2.6 A desconsideração da personalidade jurídica no grupo societário

Os entes coletivos, responsáveis pela produção de bens e pela prestação de serviços como algo comum a todo planeta, paralelamente ao lucro, têm sua função social largamente reconhecida. Atuam através de conglomerados econômicos, em rede, sendo comuns as parcerias empresariais. Em razão disso, a relativização do dogma da autonomia patrimonial entre os grupos de sociedade tem merecido tratamento legislativo ou, pelo menos, contextualizado hipótese de aplicação da teoria da desconsideração, seja pelos ensinamentos doutrinários, seja pelas soluções jurisprudenciais.

Como ponto de partida, além da classificação doutrinária dos grupos pluri-empresariais em de “direito” e de “fato” e que se infere, por exemplo, da Lei das S.A. brasileira, destacando-se como principal elemento diferenciador a formalização do grupo, tem-se como relevante a classificação que polariza os grupos de subordinação dos grupos de coordenação.

Neste particular, subordinação haverá quando, no contexto da concentração empresarial, perceber-se que uma sociedade ultima por impor sua vontade em relação à outra. Isso se efetivará com o exercício do poder de controle, comumente alcançado com a preponderância da participação societária da controladora em relação à controlada (como, por exemplo, o disposto no art. 265 da LSA)¹⁸⁵. Esta espécie de controle, de controle interno se trata, posto que decorrente da estrutura de formação dos entes societários. Além disso, a posição de controle também se poderá operacionalizar através de contratos, como o contrato de franquia, ingerência potencial, da franqueadora em relação à franqueada, ainda que não sejam sócias entre si, hipótese esta de controle externo.

¹⁸⁵ Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Seja como for, o elemento comum aos grupos de subordinação situa-se na direção única ou preponderante a submeter os entes coletivos na consecução de seus negócios¹⁸⁶. Referida direção única poderá se implementar, inclusive, através de uma sociedade de comando, cujo objeto social será o investimento e a administração de outras sociedades, exclusivamente, ou, concomitantemente, também lançando-se diretamente à atividade de produção/distribuição, respectivamente, a *holding* pura ou a *holding* mista.¹⁸⁷

Sem a constatação da imposição da vontade de uma sociedade em relação a outra, ausente a subordinação, permanecendo a parceria inter-societária ainda pela direção única, porém construída pela autonomia de decisão dos entes coletivos reunidos, pelo que se constata que a direção única não se confunde com controle único. Há, desta maneira, na perspectiva de resultados comuns, coordenação de esforços, sem comprometimento da autonomia jurídica de cada sociedade participante do grupo.¹⁸⁸

Derivada da classificação tradicional acima – grupos onde há subordinação e grupos onde existe coordenação – será a opção por uma administração centralizada ou descentralizada. Por questões de natureza operacional e financeira, natural que a diversificação das atividades a que se lance o grupo também se caracterize por uma autonomia maior ou menor em relação aos centros de decisão. Pragmaticamente, entretanto, possível ocorrer – se constatada a concentração – o risco da departamentalização das sociedades controladas ou apenas coligadas.¹⁸⁹ Circunstância em que questionável a higidez do dogma da autonomia patrimonial, quando determinada sociedade componente do grupo tornar-se insolvente.

No caso de insolvabilidade de uma sociedade controlada, por exemplo, priorizando-se os efeitos da personificação, teoricamente, não se poderia responsabilizar a controladora pelo passivo a descoberto da controlada. Entretanto, a questão tem encontrado diferentes soluções legislativas. José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes buscou categorizar referidas soluções legislativas, destacando três caminhos possíveis. Em primeiro lugar, o modelo que não traz normas específicas a respeito da responsabilidade entre as componentes do grupo

¹⁸⁶ Neste sentido, TOMAZETTE, Tomazette caracteriza os grupos de subordinação, op. cit., pág. 616.

¹⁸⁷ Diferenciação lembrada por COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., pág. 185.

¹⁸⁸ Eis o pensamento de LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág. 74.

¹⁸⁹ Esta, a opinião de COMPARATO, Fábio Konder ao comentar a Lei das S/A brasileira que não trouxe a previsão de responsabilidade solidária entre as sociedades integrantes de eventual conglomerado econômico. Op. cit., pág. 360.

societário, referindo-se ao direito norte-americano. O levantamento do véu da pessoa jurídica corresponderia ao caminho possível para comunicar a responsabilidade entre as participantes do grupo, destacando-se a excepcionalidade de tal opção.¹⁹⁰

Na era da sociedade de informação e da proteção de direitos difusos e coletivos, as relações interempresariais têm aproximado os fornecedores no que diz respeito a eventual indenização de seus consumidores. A lógica é de que o risco da exploração da atividade possa ser compensado com o lucro em perspectiva do empreendimento. Na cadeia de produção-distribuição, os vários fornecedores são corresponsáveis, pois se beneficiam, lucram, com o incremento e com a atividade uns dos outros, ainda que indiretamente. Unem-se através de contratos de parceria, fornecedores de fornecedores, no que se refere a insumos, transporte e logística. Logo, a justificativa para a corresponsabilidade situa-se no bônus emergente da natural aproximação entre os parceiros empresariais. Se tais parceiros dividem o risco e se lançam a isso pelo bônus da atividade, seria paradoxal que não respondessem conjuntamente pelos prejuízos da mesma atividade, o que significa o compartilhar do ônus de eventual indenização. Por isso, por exemplo, a responsabilidade objetiva e solidária como regra no direito consumerista brasileiro.

Se existe corresponsabilidade entre parceiros empresariais não membros de um mesmo grupo empresarial – pelo menos para proteger relações jurídicas pontuais – consequente e sintomática a relativização do dogma da pessoa jurídica entre as sociedades que constituírem grupos econômicos, razão pela qual indiciariamente ineficiente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar a referida corresponsabilidade, diante de uma de suas características principais que é a excepcionalidade e que se confronta ou se contrasta com a responsabilidade solidária e objetiva que se reclama quando de atividades de grupos econômicos que causem danos coletivos, como, a título de ilustração, danos ambientais.

Além disso, os pressupostos da teoria da desconsideração – desvio de finalidade e confusão patrimonial – concentrados nas cláusulas gerais descritas pelo artigo 50, do CC, defensáveis como exceção quando se faz uma análise interna do ente coletivo, confrontando-se a vontade do ente coletivo com a vontade de seus sócios, denota-se quase regra em relação aos grupos econômicos, pois as sociedades controladas – a par da autonomia jurídica – muitas vezes são mantidas e criadas como estratégia para fortalecer a controladora, percebendo-se

¹⁹⁰ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Liability Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, a international and Comparative Perspective*. Denver-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pág. 493-495.

nisso um desvio lícito da finalidade dos entes coletivos dependentes. O fluxo de caixa e de investimentos de uma sociedade que detém participação em outra também atrai a ideia de confusão patrimonial como algo natural.

Logo, para prevenir a banalização da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como alcançar a segurança jurídica necessária aos grupos econômicos, a regulação específica se apresenta como alternativa viável. Em um cenário de aplicação do direito caracterizado por fértil surgimento de presunções e preconceitos, uma regulamentação que aponte para a eficiência torna-se vital.

O segundo modelo, ainda de acordo com José Augusto Engrácia Antunes¹⁹¹, pode ser alcançado nos países que tenham adotado as diretrizes da Comunidade Européia. A concentração econômica impõe uma responsabilidade em razão do controle, isto é, embora as sociedades sejam autônomas juridicamente, a controladora, por dirigir ou ter ingerência sobre os negócios da controlada, deverá responder eventualmente pelos danos causados em função do poder de controle. Neste sentido, tem-se o artigo 9º do Projeto da IX Diretiva Comunitária¹⁹², que dispõe sobre a responsabilidade da controladora pela influência exercida sobre a controlada, determinando que a controladora deverá agir como se fosse membro do órgão de direção, respondendo da mesma forma que um outro membro responderia.¹⁹³

Evidencia-se que a sociedade que exercer o controle de fato de outra sociedade não se poderá eximir de responsabilidade, blindando seu patrimônio apenas em virtude da autonomia jurídica que a personificação lhe tenha concedido. Em contrapartida, de difícil caracterização o conceito de influência dominante - cláusula geral -, a representar a possibilidade genérica de que se imponha à empresa controladora a condição de devedora solidária das obrigações de suas subsidiárias.

¹⁹¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Op. cit., loc. cit.

¹⁹² “Artigo 9º (Responsabilidade por controlo de facto)

1. A empresa que se comporte, perante uma sociedade, como um gerente efectivo, responde perante esta por todos os danos causados através dessa influência, provenientes de um erro de gestão e isso nos mesmos pressupostos em que o faria se a empresa fosse membro do órgão de direcção da sociedade e devesse agir com todo o cuidado requerido pelo interesse dessa sociedade.

2. Considera-se como gerente efectivo da sociedade, para efeitos do nº 1, toda a empresa que, mediata ou imediatamente, exerça uma influência determinante no processo de decisão do órgão de direcção dessa sociedade.

3. a) Quem for juridicamente responsável pela empresa sob cujo domínio aquela empresa se encontrar, responde conjunta e ilimitadamente com ela. O visado pode todavia liberar-se da sua responsabilidade quando prove que o evento danoso não lhe é imputável.

b) Quando a responsabilidade se estenda aos membros do órgão de direcção da sociedade, estes respondem conjuntamente com a empresa e com a pessoa responsável nos termos da alínea a).”

¹⁹³ Projeto comentado e transcrito na obra de CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005, pág. 757.

A crítica a tal sistema reside no distanciamento da responsabilidade solidária do raciocínio de que a razoabilidade de se imputar responsabilidade à controladora por atos de suas controladas/coligadas se concentra no efetivo poder de decisão. Resumidamente, a responsabilidade por extensão se agregaria ao comando do ente coletivo por outro, revelando-se o binômio poder/responsabilidade.

Estabelecer-se de maneira genérica a solidariedade - sem que se tenha como precisar que para os atos ruinosos de administração uma sociedade subsidiária tenha contribuído a controladora - última por comprometer o próprio princípio da autonomia patrimonial, bem como a flexibilidade gerencial que se apresente como significativa nos grupos econômicos, pois a controlada/coligada detém responsabilidade direta sobre suas obrigações.

Mais uma vez, a legislação brasileira, ainda que no microsistema consumerista, arrefece a regra da solidariedade e prestigia o princípio da autonomia patrimonial (apesar de também relativizá-lo), quando estabelece a responsabilidade subsidiária entre as sociedades integrantes dos grupos econômicos (§ 2º, do art. 28, do CDC). A responsabilidade das sociedades integrantes do grupo ficará condicionada a eventual déficit financeiro daquela que venha a ser demandada pelo inadimplemento de suas obrigações.

A terceira vertente, também analisada por José Augusto Engrácia Antunes, diz respeito ao modelo alemão (dualista, que influenciou o sistema brasileiro e o português) que subdividiu os grupos em de direito e de fato. Nos grupos de direito existiriam regras específicas provenientes da convenção que poderiam prevenir ou mesmo coibir o abuso do poder de controle. Já nos grupos de fato - aliçados da convenção formal - questionável a absolutização da autonomia da pessoa jurídica, diante dos interesses comuns (principalmente de caráter econômico entre os entes do grupo).¹⁹⁴

Referido modelo traria racionalidade à imputação de responsabilidade nos denominados grupos centralizados, onde o grau do poder de decisão última concentrado na sociedade controladora. Demonstra-se também eficiente nos grupos descentralizados, onde pulverizado o poder de decisão, apesar da existência de uma sociedade detentora do poder de controle, em virtude de participação majoritária em seu capital social.¹⁹⁵

¹⁹⁴ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Op. cit., loc. cit.

¹⁹⁵ Neste sentido, Eduardo Secchi Monhoz diferencia os grupos centralizados dos grupos descentralizados em seu livro *Empresa Contemporânea e o Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pág. 117-122.

Acontece que a opção pela formalização dos grupos se mostrou quase inexistente, diante do custo de tal formalização, fazendo com que os grupos de fato se tenham tornado numerosos, independentemente da centralização ou descentralização do poder de decisão. As regras possíveis de estruturação da responsabilidade nos grupos societários tornaram-se direito simbólico, pois desinteressantes e desvantajosas do ponto de vista financeiro e operacional. Na Alemanha, nascedouro do sistema dualista, a tendência jurisprudencial foi aproximar as consequências legais próprias dos grupos de direito aos grupos de fato.¹⁹⁶

Tal tendência é comumente referenciada na análise dos emblemáticos casos “Autokran”, “Tiefbau” e “Vídeo”. No primeiro caso, através de contratos de leasing, sete sociedades constituídas sob a forma limitada locaram trinta e nove guias (*autokräne*) de uma fabricante japonesa. Depois de pouco mais de três anos de contrato, as locatárias, sob a alegação de vícios funcionais nas guias, deixaram de depositar os alugueres avençados. A fabricante então rescindiu o contrato e buscou receber em juízo os alugueres inadimplidos. Apesar de vencedora, a fabricante não conseguiu receber a totalidade de seus créditos, diante da insolvabilidade das locatárias. Requereu então a responsabilidade subsidiária dos sócios daquelas sociedades pelo passivo a descoberto. Em grau de apelação, o pedido foi julgado improcedente, embora se tenha sinalizado para a possibilidade de se utilizar pela analogia as regras estabelecidas para os grupos de direito em relação a sociedades limitadas contextualizadas como grupos e fato.

No segundo precedente, uma sociedade falida, através de seu síndico, buscou a responsabilização de uma instituição financeira que teria sido responsável pela condução administrativa da sociedade, ainda que através de fiduciários que ultimaram sócios majoritários do empreendimento. Diante da posição de controle constatada houve então a extensão da responsabilidade.

No terceiro precedente, a sociedade demandante Vídeo, inicialmente, viu-se impossibilitada de executar seus créditos contra uma sociedade limitada, razão pela qual redirecionou a execução para o patrimônio do sócio gerente que exercia o comércio através de firma individual, bem como em relação à outra sociedade da qual ele participava. O tribunal, então, encampou a responsabilidade do sócio gerente em relação ao patrimônio da firma individual.

¹⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 169.

Nos três casos, as relações intersocietárias corresponderam a grupos de fato, sendo que a jurisprudência galgou o caminho da responsabilidade subjetiva para objetiva. Salomão Calixto Filho, ao analisar os referidos precedentes, identificou tal movimento, e nos termos da evolução jurisprudencial, diferenciou e denominou de subjetiva, estrutural e setorial o fundamento da responsabilidade de sócios controladores ou com ingerência de comando em relação às sociedades deficitárias. Observou que a extensão da responsabilidade variou da má gestão (no caso “Autokran”), migrando para a organização do empreendimento (no caso “Tiefbau”) e mitigando referida extensão, para afastá-la em relação ao membro do grupo de fato que não se tenha beneficiado dos negócios a envolver a sociedade insolvente no caso “Vídeo”.¹⁹⁷

Dos três sistemas jurídicos, analisados por José Engracia Antunes, ainda que a LSA brasileira seja herdeira do sistema alemão, percebe-se que no ordenamento pátrio há a mescla dos três sistemas, na medida em que há imputação objetiva de responsabilidade, bem como a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, também, em relação aos grupos de sociedade.

Deverá haver cautela redobrada no aplicar das várias fontes legislativas disponíveis, buscando-se o necessário diálogo de fontes, primeiramente regime de solução na legislação empresarial (com destaque para LSA), a ser suplementada pelos demais microssistemas (nas relações trabalhistas, a CLT, art. 2º, § 2º; nas previdenciárias, a Lei 8212/1991, art. 30, inc. IX; nas que decorrem de infrações à ordem econômica, o art. 34, da Lei 12529/2011. Frise-se, mais uma vez, a solução encontrada nas relações de consumo, que trouxe a previsão de responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes de grupos econômicos (CDC, art. 28, § 2º), o que corrobora a excepcionalidade dos casos de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos das cláusulas gerais do artigo 50, do CC, buscando-se ainda racionalizar o grau de comprometimento do patrimônio das sociedades integrantes dos grupos de sociedade¹⁹⁸.

¹⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., pág. 182.

¹⁹⁸ De modo similar, sinaliza o enunciado 406 da V Jornada de Estudos do CJF: “Art. 50. A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.” Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011/12/14/divulgacao-oficial-dos-enunciados-da-v-jornada-de-direito-civil/>. Acesso em 10/08/2013, às 14:00.

2.7 Externalidades Negativas da Desconsideração da Personalidade Jurídica

No afã de uma proteção setorial através das hipóteses de desconsideração meramente objetivas, percebe-se que a legislação brasileira ultimou por sacrificar o princípio incentivador de novos empreendimentos, ou seja, o limite de responsabilidade próprio do dogma da autonomia patrimonial. Em perspectiva - mais uma vez – o necessário diálogo entre Direito e Economia, para que a legislação não se demonstre um entrave ao desenvolvimento econômico e social. A interdependência destes ramos do saber deveria possibilitar a melhoria das instituições e dos mercados.

O denominado movimento *Law and Economics*, ainda que se tenha originado da premissa básica de que as instituições legais – as fontes do direito através das atividades legislativas (mesmo durante o processo de formação da lei em sentido lato, *ex ante*), judiciais (*ex post*)¹⁹⁹ e executivas (na eleição e implementação de políticas públicas)²⁰⁰ – influenciam, bem como são influenciadas significativamente pelo comportamento dos agentes econômicos, tem sido analisado sob óticas diferentes, sendo que se destacaram os trabalhos de Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, marcos teóricos hábeis a discutir a importância da AED também em países de tradição romano-germânica.²⁰¹ Por outro lado, a AED, mesmo com expressão nos EUA, foi objeto de críticas por escolas rivais.

¹⁹⁹ GICO JUNIOR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EARL/article/viewArticle/1460>. Acesso em 20/08/2013, às 14:00.

²⁰⁰ No Brasil, por exemplo, o trabalho efetuado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), fundação pública federal vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, cujas atividades de pesquisa servem de suporte técnico e institucional às ações governamentais para a formulação e reformulação de política públicas e programas de desenvolvimento. Fonte: <http://ipea.gov.br/portal>. Acesso em 20/08/2013, às 14:00.

²⁰¹ Neste sentido, o pensamento de ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel Sztajn. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*, na obra *Direito & Economia*. São Paulo: Elsevier, 2005, pág. 1-15.

2.7.1 A AED e algumas escolas rivais

De acordo com Andrés Roemer²⁰² a interação entre Direito e Economia (ou sua negação) tem sido abordada por escolas ou movimentos rivais. Destacou que a Escola de Chicago (Law and Economics) tem como um de seus expoentes Richard Posner, para quem a eficiência das normas jurídicas positivadas e aplicadas será contextualizada, quando tais normas possibilitarem a maximização de resultados, o que se verificará quando os agentes econômicos (pelo menos na sua maioria), diante das normas postas, tomem os comandos e regramentos normativos como incentivos²⁰³ e, assim, satisfaçam suas preferências pessoais (eficiência alocativa)²⁰⁴, apesar da escassez de recursos, para que, em perspectiva, seja alcançado o bem estar social.

2.7.2 Direito, Economia e Organizações

A segunda vertente – a Neoconstitucional – não significa uma ruptura absoluta com a AED, pois apenas entende que uma análise efetiva dos custos de transação (relevantes para a alocação de preferências) deve também levar em consideração a influência das organizações. Assim, em vez de AED, o esquema teórico seria representado pela sigla DEO, Direito, Economia e Organizações.²⁰⁵ Oliver Williamson defende tal proposta, esclarecendo que a racionalidade dos agentes econômicos, percebidos isoladamente, compõe uma racionalidade limitada, o que poderia dificultar a alocação de preferências. Por outro lado, a substituir essa racionalidade limitada, uma racionalidade equívoca (correspondente ao autointeresse), deve-se investigar a racionalidade dos agentes econômicos, inseridos em organizações, pois nelas se perceberá “a simplicidade, a identificação e a lealdade descritiva do comportamento humano”, o que favorecerá à “engenharia dos custos de transação”.²⁰⁶

²⁰² ROEMER, Andres. *Introduccion al Análisis Económico del Derecho*. Tradução José Luiz Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

²⁰³ GICO JUNIOR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EARL/article/viewArticle/1460>. Acesso em 20/08/2013, às 14:00.

²⁰⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 38.

²⁰⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Op. cit., pág.12.

²⁰⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Op. cit., pág.16-59.

2.7.3 A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*)

Uma terceira linha de pensamento corresponde à Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) que, basicamente, contesta a ideia de que os seres humanos apresentam um comportamento na vida pública divergente se comparado às escolhas que fazem em sua vida privada. Arthur Seldon, dentre outros, critica, pois, a visão da Ciência Política e da Sociologia, eis que, para tais campos do saber, a tendência é que as pessoas ajam “desinteressadamente na vida pública e egoisticamente na vida privada”.

Essa pseudoindiferença poderia explicar a não coincidência entre as demandas da população e as ações de seus governantes. Os teóricos da escolha pública construíram hipóteses “sobre as motivações econômicas dos políticos e as consequências econômicas de seu poderio político em dirigir ou influenciar a vida das pessoas, através das leis, normas e regulamentos, impostos e taxas”. De se concluir pelo desmembramento do interesse público em primário e secundário²⁰⁷. O primário corresponderia às prioridades do governo da situação. O secundário, por sua vez, aos reais anseios da coletividade, ainda que plúrimos. Diante disso, uma crise de legitimidade do direito positivo.

2.7.4 *Critical Legal Studies*

Uma quarta linha teórica - esta a discordar, incisivamente, da AED - corresponde a *Critical Legal Studies*. Para tal corrente o direito seria instrumento de dominação, serviçal e reflexo da ideologia dos detentores do poder político profissional, isto é, dos membros dos poderes públicos, conservadores e pertencentes a uma elite econômica. Em resumo, para os teóricos da *Critical Legal Studies*, dentre os quais, Gary Minda²⁰⁸, a Escola de Chicago, “apesar de estar encoberta por um discurso supostamente apolítico e técnico, é, na verdade, um projeto intensamente político, de forte caráter ideológico de direita, situando-se entre o pragmatismo, o centralismo tecnocrata e o liberalismo mercadológico”²⁰⁹. A Economia,

²⁰⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 20.

²⁰⁸ MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: New York University Press, 1995, pág. 110.

²⁰⁹ WAYNE, Eastman. *Critical Legal Studies*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Op. cit., pág. 756.

assim, seria subproduto da Política.²¹⁰ Não existiria um genuíno movimento *Law and Economics*, diante da constatação de que *Law is politics*.²¹¹

2.7.5 *Behavioral Law and Economics*

Uma quinta tendência, também a fazer ressalvas à AED, denomina-se *Behavioral Law and Economics*.²¹² A suposição de que o comportamento individual dos agentes econômicos convergirá, pois tenderão à escolha mais racional (por isso, a mais eficiente), foi desmentida por estudos empíricos. O *homo economicus* da AED se distanciaria das pessoas reais, pois estas, naturalmente, divergirão nas suas escolhas, tendo em vista apresentarem-se racionalmente limitadas, diante de interesses ou vontades discordantes e imbuídas de um egoísmo igualmente limitado.²¹³

A subjetividade complexa do ser humano, conforme se pode depreender das diferentes abordagens da Psicologia, não favorece a um padrão de comportamento, que se proponha sempre racional. A assimetria de informações, a memória, a capacidade de assimilar o que se ouve ou se lê, eventual dificuldade cognitiva no que diz respeito ao processamento de informações, o equivocar-se na avaliação de probabilidades, a influência do *status quo*, a forma como cada um se expressa, faz suas indagações ou expõe seu pensamento²¹⁴ são variáveis a explicar porque os agentes econômicos ou as partes, num processo judicial, ultimam por se afastar de um padrão de racionalidade esperado.

2.7.6 *Lawlessness and Economics*

Uma sexta linha de pesquisa denominada *Lawlessness and Economics*²¹⁵ apresenta-se cética em relação à AED. Seus partidários defendem que os indivíduos e as empresas (firmas) não respondem necessariamente às regras legais como agentes racionais, isto é,

²¹⁰ GODOY, Arnaldo. *O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger*. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, pág. 49-63, 2007.

²¹¹ UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, pág. 1.

²¹² SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

²¹³ MERY NIETO, Rafael. *Notas sobre Análisis Económico del Derecho: una mirada desde América Latina*. Revista Derecho y Humanidades. N. 10, 2004, pág. 121-140.

²¹⁴ MERY NIETO, Rafael. *Notas sobre Análisis Económico del Derecho: una mirada desde América Latina*. Revista Derecho y Humanidades. N. 10, 2004, pág. 121-140.

²¹⁵ DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Economic Governance*. London: Gorman Lectures, University College, 2002.

receptivamente, internalizando as normas-princípio e as normas-regra como incentivos, hábeis a maximizar seu bem-estar.

A tal crítica, possível argumentar que a AED se propõe a “auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das consequências”²¹⁶ das escolhas dos agentes econômicos. São, portanto, predições, a serem validadas ou infirmadas empiricamente. De ciência se trata. Não são profecias incontestáveis. De religião não se trata.

O movimento *Lawlessness and Economics* (Ilegalidade e Economia) também critica a AED, diante da dificuldade em se definir um limite para a maximização da riqueza quando, prospectivamente, em detrimento de um ideal de justiça, sobretudo diante da deficiência do sistema legal. Tal deficiência se exemplifica com o fenômeno da “politização do Judiciário”²¹⁷. Em tal hipótese, Juízes e Tribunais modularão, respectivamente, suas sentenças e acórdãos ao sabor das ideologias, sem necessariamente um rigor científico.

2.7.7 STJ: entre a Cidadania e a Economia

O STJ, por exemplo, cognominado de Tribunal da Cidadania (a projetar um Estado de Bem Estar Social), através de sua jurisprudência reiterada e consolidada, às vezes, mais parece o Tribunal da Economia (na defesa de um Estado Neoliberal, tendo em vista o teor de decisões que tem diminuído a proteção do direito dos consumidores).

A Súmula 302 do STJ²¹⁸ cristalizou o entendimento de que, em contratos de Planos de Saúde, a limitação do tempo de internação hospitalar do segurado seria cláusula abusiva. O Tribunal da Cidadania, desta vez, do ponto de vista da AED, pelo critério do Pareto superior, tomou uma decisão eficiente. Em primeiro lugar, possível, na hipótese em tela, perceber a aplicação do princípio da conservação dos contratos. Por isso, preferível à resolução da avença sua revisão, porque a revisão denota-se mais eficiente do que a resolução, por permitir a continuação da prestação dos serviços em relação ao consumidor-usuário e a correlata

²¹⁶ GICO JUNIOR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EARL/article/viewArticle/1460>. Acesso em 20/08/2013, às 14:00.

²¹⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel Sztajn. Op. cit., pág. 262.

²¹⁸ STJ Súmula 302 - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004. Cláusula Abusiva - Plano de Saúde - Tempo a Internação Hospitalar. “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.” Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0302.htm. Acesso em 25/08/2013, às 13:00.

remuneração da fornecedora-prestadora. Em segundo lugar, os custos sociais da revisão são inferiores aos da resolução, bastando imaginar que, em caso de resolução do contrato, sem a possibilidade do consumidor recorrer ao sistema de saúde suplementar, como uma das opções, restaria a ele procurar os serviços de saúde pública, onerando um sistema único de saúde sabidamente sobrecarregado e deficitário. Em tal circunstância, o índice de Pareto seria contextualizado às avessas, pois todos perderiam: o consumidor, o fornecedor, o Estado-SUS e o Estado-FISCO.

No caso da Súmula 381²¹⁹, também do STJ, desta vez, na perspectiva da AED, a decisão foi ineficiente. O Tribunal da Economia (divorciado circunstancialmente do Direito) declarou que em, se tratando de contratos bancários, seria proibido ao julgador declarar de ofício a abusividade das cláusulas. Houve quem argumentasse até que a redação da Súmula 381 correspondeu a um ato falho²²⁰ (parapraxia). Um comportamento paradoxal ou um vício de linguagem, inclusive, porque a doutrina majoritária defende a natureza cogente das normas do CDC (de caráter público e interesse social, art. 1º). Logo, uma vez contextualizada eventual cláusula abusiva, sobretudo em contratos de adesão, como os bancários, o juiz teria o dever de proferir provimento de caráter integrativo-mandamental, para extirpar da avença a cláusula abusiva detectada (art. 51, do CDC).

O Poder Judiciário, para o leigo, não estaria a promover uma atuação racional. O Estado-Judiciário perdeu com tal decisão, diante do descrédito da opinião pública em relação ao Poder Judiciário. As instituições financeiras, apesar da edição da Súmula 381, continuaram a ser demandadas, pela não concordância de seus consumidores com a legalidade meramente estrita (formal) das cláusulas, mas materialmente abusivas, sem falar na publicidade negativa em torno da manutenção das referidas cláusulas.

O reducionismo do enunciado também estaria a causar prejuízos acadêmicos. No caso, talvez recomendável uma revisão do enunciado da Súmula 381, para que se consignasse que o Tribunal de Justiça, como órgão de revisão (órgão colegiado que não se confunde com o juiz singular), não poderá declarar de ofício a abusividade da cláusula, se o juiz de primeira instância não se pronunciar a respeito de tal abusividade ou, ainda, no silêncio da parte

²¹⁹ STJ Súmula 381 - 22/04/2009 - DJe 05/05/2009. Contratos Bancários - Conhecimento de Ofício - Abusividade das Cláusulas. *“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”*

²²⁰ NEIVA, Gerivaldo Alves. *A Súmula 381 do STJ: um ato falho?*. Disponível em <http://www.gerivaldoneiva.com/2009/05/sumula-381-do-stj-um-ato-falho.html>. Acesso em 20/07/2013, às 15:00.

prejudicada, em respeito ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, que define os limites da reforma do julgado, para que não se alegue supressão de instância e malferimento do contraditório e da ampla defesa. Orientação sumular, portanto, nos termos da AED, ineficiente e a contextualizar o índice de Pareto às avessas.

Avinash K. Dixit²²¹, ao constatar que em alguns países a vontade das instituições privadas pode se sobrepor ou ter ingerência negativa nas políticas públicas e no funcionamento das instituições, indaga como seria possível proteger os direitos de propriedade e os contratos em países, que se intitulem Estados Democráticos de Direito, mas, na realidade, Estados Democráticos de Direito omissos ou ineficientes. Parafraseando-o de que adianta a inserção da defesa do consumidor como dever do Estado (art. 5º, inc. XXXII, da CF), direito fundamental, cláusula pétrea, se sua lei regulamentadora (o CDC) não vier a ser aplicado de forma a concretizar o projeto constitucional.

A postura do juiz, juseconomista, até porque autorizado a contextualizar as cláusulas gerais da lei, deve ser proativa. Deve prospectar sim qual a solução mais eficiente para o caso concreto e instar as Partes ao diálogo. Não se trata de substituir-se às partes, mas de buscar um tempo razoável para o processo, com uma solução para demanda que não acirre a litigiosidade já detectada. Mais uma vez, lembrando o movimento Direito e Literatura, a inércia exagerada do juiz poderá ser comparada a de um economista ortodoxo que esteja, circunstancialmente, a exercer outra profissão.

Em Humor nos Tempos do Collor²²², a pena afiada de Luís Fernando Veríssimo imagina, por exemplo, que os políticos, economistas e tecnocratas diante de uma crise de

²²¹ DIXIT, Avinash K. Op. cit., loc. cit.

²²² VERÍSSIMO, Luís Fernando. Problemas, problemas. In: ____SOARES, Jô; VERÍSSIMO, Luís Fernando; FERNANDES, Millôr. *Humor nos Tempos do Collor*. São Paulo: L&PM, 1992, pág. 58-59. Eis um trecho: “Mas o verdadeiro perigo estaria nas barbearias abandonadas pelos barbeiros e ocupadas pelos economistas desempregados. _ Quero cortar o cabelo, por favor. Ele começa a ensaboar o seu rosto. Você protesta. Já fez a barba. Quer só cortar o cabelo. Ele não lhe dá atenção. De acordo com seu fluxograma, um em cada três clientes da barbearia faz a barba em vez de cortar o cabelo, e você é o seu terceiro cliente. Ele erra a proporção de água e sabão e a espuma cobre o seu rosto, incluindo a boca, o nariz e os olhos. Incapaz de se defender, você ouve o barulho da navalha sendo afiada com aquela sensação na barriga que tinha quando o governo anunciava um novo pacote econômico. Finalmente ele começa a barbeá-lo, mas, como não enxerga seu rosto, começa no lugar errado. _ Minha orelha! Você cortou fora a minha orelha! Ele suspira, impaciente com esta intervenção de um leigo no seu trabalho, mas acaba concordando com você que isto não pode ficar assim e que ele não pode deixá-lo com uma orelha só. E corta fora a sua outra orelha. Você pelo menos poderia escolher seu barbeiro, já que nunca pôde escolher o ministro da Economia. Teria a opção de heterodoxos, com seus salões elegantes e movimentados, mas com o risco sempre presente de perder as orelhas, ou de ortodoxos, como o salão do Marcílio. _ Quero cortar o cabelo, seu Marcílio. Ele sentaria você na cadeira, colocaria o avental em você – e não faria nada. Ficaria ao lado da cadeira, conversando agradavelmente. A tese do Marcílio seria: com o tempo, os cabelos crescem ou caem naturalmente, por que fazer qualquer coisa?”

confiabilidade em seus conhecimentos, acabariam desempregados, pois substituídos por taxistas, dentistas e barbeiros. Estes desempregados lançariam-se, em seguida, a ocupar, contingencialmente, as profissões de seus sucessores, mas continuariam fiéis aos seus dogmas. De forma inusitada, um economista-barbeiro (antes economista ortodoxo), ao receber um cliente, conduziria-o até a cadeira. Sentado, o cliente lhe informaria a preferência e particularidades do corte. O economista-barbeiro, entretanto, convicto na força da mão invisível da natureza, ficaria a conversar com o cliente sobre outros assuntos sem nada fazer, pois com o passar do tempo, a natureza se encarregaria de diminuir, gradativamente, a quantidade de cabelos que seu cliente possuía. O surrealismo de tal crônica apenas reforça que o Economista e o operador do Direito devem agir para auxiliar as pessoas a enxergar suas escolhas e, dentre elas, a mais racional, a mais eficiente; não se podem apegar excessivamente à teoria e a formalismos estéreis, esquecendo-se de busca uma solução razoável para os conflitos que se lhes apresentem.

2.7.8 A insolvência civil e a falência frustradas, hipóteses para a aplicação do “minimax” da Teoria dos Jogos

Os críticos da AED afirmam que a decisão judicial sempre carregará um grau de ineficiência, pois ao se reconhecer o direito de uma parte (o justo para ela) em contrapartida se estará negando o direito para a vencida (o que lhe será injusto). Logo, por essa linha de raciocínio, a validação da preferência de uma das partes, ainda que se demonstre a decisão mais eficiente, para se evitar, por exemplo, o incremento dos custos sociais de um processo judicial, poderá ser qualificada como injusta, tendo em vista a noção de justiça, como um ideal (valor supremo, mas equívoco).

Imagine-se, para humanização da teoria, a hipótese de insolvência civil, com rito previsto a partir do art. 748, do CPC. Citado, sem que se tenha predisposto ao depósito elisivo (art. 757), o devedor poderá contestar o pedido ou manter-se inerte. Se todavia não conseguir afastar a presunção de insolvabilidade, a insolvência será decretada, com a nomeação de um administrador, para promover os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento do passivo, tendo em vista a instauração de concurso universal a atrair seus credores (art. 751, inc. III). Coerentemente, as execuções individuais já instauradas contra o insolvente serão sobrestadas e remetidas ao juízo da insolvência (art. 762, *caput*, e seu § 1º). Medida a contextualizar a diminuição de custos e o rateio proporcional do ativo a beneficiar, potencialmente, todos os credores de determinada classe.

Entretanto, na ausência de patrimônio arrecadável, contraproducente o continuar do processo de insolvência. Às vezes, apesar de se facultar a qualquer credor o encargo de Administrador da Massa, nenhum deles se prontifica à assunção daquela função, porque isso irá envolver custos e, imediatamente, haveria um incremento de seu prejuízo. Sem administrador e ausente a perspectiva de patrimônio positivo, há uma indefinição quanto ao resultado da lide, a conformar um dos impasses da matemática, pois não há como dividir os valores dos créditos ou das expectativas dos credores por zero. Dizem os matemáticos que isso é símbolo de indeterminação. Não existe.

Logo, a decisão de decretação da insolvência que antes pôde ser qualificada como eficiente, porque a beneficiar a coletividade de credores, na ausência de patrimônio merece ser superada com outra decisão, desta vez de encerramento anômalo da insolvência declarada, mas que se mostrou frustrada. Nesta hipótese, flagrante a perda superveniente do objeto da execução coletiva contra o devedor civil. A solução mais eficiente agora deverá ser, reflexamente, também declarar a extinção das execuções/habilitações apensadas ao feito principal, segundo o princípio de que o acessório deve seguir a sorte do principal. A sentença de encerramento, em princípio, pode parecer injusta em relação aos credores, ainda mais porque a partir da data de prolação dela (sentença de encerramento, art. 778, do CPC) começar a fluir o quinquênio após o qual poderão ser declaradas extintas as obrigações do insolvente.

A sentença de encerramento, ainda que não melhore a situação dos credores, em princípio também não alterará a situação do devedor. Por outro lado, os custos relacionados à tramitação do processo (materiais e humanos) serão poupados. Em razão disso, a referida sentença de encerramento denota-se decisão eficiente. Note-se que se trata de uma justiça circunstancial, em que o mínimo - que corresponde à economia de recursos públicos – última maximizado. O “minimax” da Teoria dos Jogos, o que se constrói como um paradigma de desigualdade social ótima e que, ao mesmo tempo, interessa à Teoria da Justiça, preocupação da ciência jurídica, bem como à Economia do Bem-Estar Social.²²³ Em perspectiva, também contraproducente, porque ineficiente eventual falência frustrada. Mas para tal hipótese possível sua fundamentação no art. 75 do ultra-ativo DL 7661/45.

A noção de Bem-Estar Social é complexa, tendo em vista a heterogeneidade de interesses dispersos entre os indivíduos, os sindicatos, os movimentos sociais, os organismos

²²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

representativos da sociedade civil, os empreendedores e também entre os órgãos e entes a representar o Estado. Há uma gama de demandas sociais reprimidas ou contingenciadas, nem sempre conciliáveis, ao que a Ciência Política denomina de inflação de demandas como se explanou no capítulo 1 desta dissertação.

Porém, não há incompatibilidade lógica entre as aproximações ou motivações morais a subsidiar as decisões coletivas e as acomodações ou motivações relacionadas à agregação do que signifique bem-estar para cada indivíduo numa determinada sociedade²²⁴, apesar das críticas em sentido oposto, que se condensam na afirmação de que as demandas individuais, analisadas isoladamente, não encontram, regra geral, eco na adoção de políticas públicas, nem, particularmente, no desenvolvimento de políticas legais.²²⁵

Realmente, não existe incompatibilidade entre as noções de Justiça (valor) e Eficiência (maximização de recursos, resultados positivos ou alocação de preferências). Há simbiose. Os resultados positivos se converterão ou se amoldarão às noções de justiça dos beneficiários do referidos resultados. Além disso, a Justiça não pode ser mais vista como aquela necessariamente parcial ou exclusiva, no sentido de dar a cada um o que é seu (Justiça Corretiva), nem uma Justiça Distributiva em que há uma polarização entre iguais e desiguais, avaliando-se a razoabilidade da “distribuição de bens positivos (renda, liberdade, v. g.) ou negativos (punições, sanções, etc.). Ao planejar-se a socialização de bens positivos ou negativos, em essência, avaliar-se-á qual método distributivo mais ou menos justo a aplicar, bem como de que a distribuição efetuada favoreceu ou prejudicou os envolvidos.”²²⁶

2.7.9 O Princípio da Eficiência Econômico-Social

Percebe-se que, intuitivamente, os empreendedores aguardam como resultado da cadeia de produção/distribuição de bens e serviços o lucro, mas é óbvio que o crescimento de tal cadeia irá redundar em benefícios para os cofres do Estado, para a clientela e para o mercado, bem como para os colaboradores subordinados e não subordinados do empreendimento – que são seus trabalhadores e prestadores de serviços – sendo tais

²²⁴ MERY NIETO, Rafael. *Notas sobre Análisis Económico del Derecho: una mirada desde América Latina*. Revista Derecho y Humanidades. N. 10, 2004, pág. 121-140.

²²⁵ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

²²⁶ SAMPAIO, Leonardo Rodrigues; CAMINO, Cleonice P. Santos; ROAZZI, Antônio. *Justiça Distributiva: uma revisão da literatura psicossocial e desenvolvimentista*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a03.pdf>. Acesso em 21/08.2013, às 12:00.

empresários também consumidores, por outro lado, de outros fornecedores, sendo lógico supor que tal círculo virtuoso seja vantajoso para toda a sociedade.

Do ponto de vista da AED, a Justiça deveria compensar ou se dirigir a todos os agentes econômicos, pois inseridos no mercado. Há uma relação de complementariedade entre o interesse individual que se queira preservar e o interesse dos demais membros da sociedade. Não existem direitos absolutos, salvo raras exceções. Logo, o partilhar de uma solução coletiva revela-se uma condescendência calculada, para a conciliação de interesses distintos, sem perder de vista que tal conciliação envolverá a categorização e a estimativa dos custos de transação (*willingness to pay or willingness to accept*).²²⁷

Essa predisposição para o incremento dos resultados positivos (eficiência), tendentes à acomodação das preferências dos agentes econômicos (índice de Pareto) se entrelaça com o respeito à dignidade humana e com a solidariedade (normas-princípio expressamente enunciadas no texto da CF, art. 1º, inc. III, e art. 3º, inc. I). Uma solidariedade técnica ligada a uma solidariedade ética.²²⁸ Do ponto de vista da AED, tal conjugação revela a possibilidade de que na aplicação do direito, paralelamente à maximização dos resultados esperados, “quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme o caráter recíproco das ações” relacionadas aos agentes econômicos envolvidos em dado conflito, considere-se no cálculo econométrico também “o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelos ganhos presentes” dos referidos agentes econômicos. A socialização dos benefícios e a pulverização dos custos como padrão de atuação do jurista-economista pode ser sintetizado na sigla PEEE – Princípio da Eficiência Econômico-Social.²²⁹

Logo, possível afirmar que, ao menos teoricamente, a atividade econômica se demonstra hábil à promoção da justiça social, na perspectiva do fomento e a distribuição da riqueza e da renda, seja dando acesso ao lucro, fruto da atividade econômica, seja dando acesso ao salário, fruto da prática laboral empregada. Se assim é, as consequências indiretas e positivas da atividade empresarial são externalidades que também orientam e estruturam o sistema econômico.

²²⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *Eficiência e Direito: Pecado ou Virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4>. Acesso em 21/08/2013, às 14:00.

²²⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 1-69.

²²⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Op. cit., loc. cit.

2.7.10 A AED e o enfrentamento das Externalidades

De acordo com Vasco Rodrigues²³⁰, o conceito de externalidade está atrelado, no contexto da Análise Econômica do Direito, aos custos ou benefícios de determinada atividade, mas não diretamente ligados ao sistema de preços. A título de ilustração, tem-se hoje no Distrito Federal uma frota de veículos automotores superior a um milhão e quatrocentos mil veículos²³¹. Uma explicação parcial para o aumento paulatino da frota reside, em tempos de uma economia não indexada, a uma conjuntura favorável à contratação de mútuos a médio e longo prazo, com prestações fixas. Por isso, potencialmente ascendente o número de veículos novos adquiridos através de contratos de alienação fiduciária e de arrendamento mercantil. Suponha-se que haja consenso quanto à modicidade do valor das prestações. Tal circunstância possibilitará a contextualização de contratos comutativos.

As concessionárias continuarão a manter os contratos de distribuição com suas montadoras, buscando manter o superávit dos empreendimentos. Os novos consumidores/adquirentes – diante de um sistema de transporte nitidamente deficitário e de qualidade questionável – continuarão a optar pela aquisição de veículos novos. Como resultado, oferta e procura em equilíbrio a recomendar a manutenção do preço dos automóveis, sem grandes alterações.

Porém, como alguns dos efeitos negativos do aumento da frota, são crescentes os congestionamentos de trânsito nas vias do Distrito Federal, bem como a poluição do meio ambiente, tornando caótico o retornar para casa de homens e mulheres que trabalham na capital, mas residem nas regiões administrativas e nas cidades do entorno do Distrito Federal, diminuindo a qualidade de vida de proprietários e não proprietários de automóveis, contribuindo para o aumento de internações e óbitos na rede pública de saúde por problemas respiratórios²³². Tais consequências não se relacionam diretamente à precificação dos veículos

²³⁰ RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, pág. 41.

²³¹ De acordo com o DETRAN/DF, em números de maio deste ano (última estimativa divulgada) o número exato é 1.441.912. Acesso em 27/07/2013, às 16:00: <http://www.detran.df.gov.br/images/05%20-%20Maio%20Frota.pdf>.

²³² Trata-se de trabalho apresentado no VI Encontro da ANPPAS (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade, em setembro de 2012), da lavra de Weeberb Réquia Junior (UNB) e Lucijane Monteiro de Abreu (UNB) intitulado Frota de Veículo Automóveis e Seca no Distrito Federal: os efeitos sobre a saúde pública. Acesso em 28/07/2013, às 8:00: <http://www.anppas.org.br/encontro6/anais/ARQUIVOS/GT4-1121-912-20120622195326.pdf>.

novos, mas correspondem a consequências externas e negativas atribuíveis ao mercado de veículos.

De maneira semelhante, a opção legislativa pelo aumento das hipóteses legais de desconconsideração da personalidade jurídica e, no caso brasileiro, sua judicialização por meio de mero incidente processual, conforme consta do anteprojeto do novo CPC²³³, ocasionarão reflexos negativos (externalidades) por potencializarem os riscos da atividade econômica.

Ronald Coase, economista, já em 1960, defendia a necessidade de compensação das externalidades negativas, implicitamente perceptíveis na expressão custo social. Ponderava que, independentemente do foco ou da origem da externalidade, necessário seria investigar qual agente econômico teria condições de arcar com o encargo da internalização ou dissipação das referidas externalidades.²³⁴

Guido Calabresi, outro pioneiro da AED, apontava como solução eficiente para o debelar das externalidades negativas a distribuição dos riscos.²³⁵ Seus primeiros trabalhos centraram-se na problemática da responsabilidade civil. O direito, ao imputar responsabilidades e ao regular as indenizações em caso de acidentes, deveria pautar-se pelo binômio redução de custos-justiça.²³⁶ Diante desse duplo objetivo, defendeu que a justiça não poderia ser confundida com a redução de custos. E que um programa de redução de custos gerais de acidentes, ainda que financeiramente eficiente, não poderia ser aceito, quando socialmente injusto. O reagir à ocorrência de um acidente não poderia revelar-se somente no caráter repressivo, financeiro, quando da ocorrência do sinistro, mas também preventivo

²³³ Ainda que se tenha defendido na exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC de que o incidente de desconconsideração estará a observar o contraditório e a possibilidade de produção de provas, antes da decisão judicial pela desconconsideração, há o receio de que haja uma banalização do instituto, principalmente em relação aos grupos econômicos. Eis o texto projetado e consolidado: “Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico. Parágrafo único. O incidente da desconconsideração da personalidade jurídica: I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio; II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial. Art.78. Requerida a desconconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.” Acesso ao texto consolidado em 28/07/2013, às 8:00: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>.

²³⁴ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics*. V. 3, pág. 1, 1960.

²³⁵ CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*. Tradução de Joaquim Bispal. Barcelona: Ariel, 1984.

²³⁶ CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1970, p. 24.

(relacionado à precaução do acidente). Como exemplo, argumentou que uma visão unilateral do problema da responsabilidade civil, concentrada apenas no custo financeiro, justificaria o tolerar ou a condescendência com um não agir em caso de acidente em uma mina, pois o custo do salvamento se demonstraria elevado.²³⁷

Guido Calabresi semeou a ideia de que a eficiência das normas jurídicas sobre a responsabilidade civil, em caso de acidentes, seria alcançada com a socialização dos custos. Numa primeira etapa, com o objetivo de prevenir ou reduzir o número e a gravidade dos acidentes, o caminho seria a proibição de atividades que se demonstrassem hábeis a causar acidentes ou compensar o risco inerente a sinistros com a imposição de maiores custos para as referidas atividades, diminuindo-se, assim, o interesse pelo desenvolvimento das mesmas. Num segundo momento, a preocupação se concentraria no reduzir dos custos sociais dos acidentes, por meio de um tratamento eficaz às vítimas dos sinistros. Por derradeiro, numa terceira etapa, a ótica seria tentar minimizar os custos dos mecanismos legais para a resolução dos conflitos irradiados pelos acidentes²³⁸. Para Guido Calabresi, a AED merece ser aplicada com cautela, pois, ainda que concorde com a interação natural entre riqueza e a necessidade de sua distribuição eficiente, existiriam outros valores não econômicos, como a justiça, que deveriam prevalecer no enfrentamento dos casos concretos.²³⁹

Para Richard Posner, as externalidades negativas serão aceitáveis, quando, embora inevitáveis, houver mecanismos para reduzi-las ou compensá-las. Segundo ele, o comportamento dos agentes econômicos, regra geral, seria dirigido pela ideia de eficiência. Portanto, se um delinquente viesse a perpetrar uma infração penal, ele assim agiria porque estaria a cogitar que os custos de sua conduta (relacionados à execução do crime e suas consequências, como possíveis sanções) seriam inferiores aos benefícios auferidos com tal conduta²⁴⁰. Logo, a pena cominada em abstrato deveria ser suficientemente rigorosa para prevenir a prática dos crimes, na análise a ser efetuada pelos candidatos a autores de crimes. De modo semelhante, Richard Posner pondera que em caso de uma indenização decorrente de um acidente de trânsito, a imposição da sanção pecuniária não teria natureza meramente compensatória ao lesado, mas deveria possuir, concomitantemente, um caráter pedagógico,

²³⁷ Idem, pág. 25.

²³⁸ Idem, pág. 27-28.

²³⁹ HIERRO, Liborio. *La pobreza como injusticia: Dworkin vs. Calabresi*. Doxa 15-16, 1994, pág. 949.

²⁴⁰ FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, pág. 34.

orientando a mudança de comportamento dos envolvidos no caso concreto, bem como na perspectiva de acidentes semelhantes no futuro²⁴¹. Desta forma, os danos, prospectivamente, seriam reduzidos e, em consequência, contextualizada restaria a eficiência.

Para Richard Posner, num outro exemplo (contrato de compra e venda), haveria eficiência quando se conseguisse atingir o preço máximo proposto pelo vendedor, comparando-o com a quantia máxima que o comprador se dispusesse a pagar, havendo ganhos para ambas as partes. Assim, a eficiência significaria a maximização da riqueza.²⁴²

Os críticos de Richard Posner, como Guido Calabresi, afirmam que sua teoria ultimou por ignorar a justiça. Ele então rebateu tal ressalva, ao ponderar que a palavra justiça é polissêmica, sendo que, a depender do quadro de referências de cada um (conjunto de crenças, ideologias e valores) poderá significar justiça distributiva, a mensurar um adequado grau de desigualdade econômica. Entretanto, rememorou que o mais comum é compreender e identificar o justo como semelhante ao que é eficiente, e, assim sendo, justa será a solução que não desperdiçar recursos. Em outras palavras, solução que produza resultados positivos e, portanto, eficientes.²⁴³ Na dúvida sobre o que é justo, preferível pelo menos evitar o que seja ineficiente, porque num “mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe não mais injusto do que o desperdício”. Portanto, toda ineficiência seria injusta.²⁴⁴

²⁴¹ FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 35.

²⁴² Idem, pág. 37.

²⁴³ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1998, pág. 29-30.

²⁴⁴ GICO JUNIOR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EARL/article/viewArticle/1460>. Acesso em 20/08/2013, às 14:00.

3 OS FUNDAMENTOS DA AED

Há quem defenda que a história do direito corresponda ao estudo da evolução dos sistemas jurídicos, que restaram construídos, ao longo dos séculos, jungidos ao intercâmbio de culturas, sendo que a formação e o estágio atual do direito interno de cada país se explicariam pela recepção, imposição ou estratificação de ordenamentos jurídicos de outros países. Por exemplo, o direito hindu corresponde à mescla de usos e costumes que vigoraram numa sociedade de castas fechadas, em que predominou a força da religião (na Antiguidade, destacando-se nesta fase o Código de Manu); na sequência, a Índia foi islamizada (na Idade Média, quando do Império Otomano, destacando-se um sistema jurídico fundamentalista, com o Alcorão); em seguida, a Índia tornou-se possessão do Império Britânico, quando lá se assimilaram as regras do common law. Enfim, com a independência, após a segunda guerra mundial, em 1947, aquele país tornou-se uma República Semiparlamentarista, cuja Constituição data de 1950 e que se abriu à codificação de seu ordenamento jurídico.²⁴⁵

Mário Losano entende que a recepção, a imposição e a estratificação de ordenamentos jurídicos para a formação dos direitos internos foram resultado de uma necessária interação entre Direito e Economia. Por outro lado, em vez de reduzir ou suplantar institutos jurídicos por conceitos econômicos ou condicionar a feitura das normas jurídicas a acontecimentos econômicos, é importante que se compreenda que a Ciência Econômica tem por objetivo o estudo do comportamento social, diante de inúmeras e crescentes necessidades, de um lado, e a escassez de recursos, de outro.^{246 247}

A Economia como ciência aplicada, como método próprio para avaliar e prospectar escolhas no meio social, para além do enfrentamento de questões econômicas, empresariais

²⁴⁵ Neste sentido, ensina LOSANO, Mario. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 469. Intitula a Índia como amálgama de sistemas jurídicos, lembrando os costumes tribais de uma sociedade de castas, a influência da islamização, a incorporação do Common Law em função da colonização britânica e, enfim, o direito nacional após a independência. Eis trecho de seu raciocínio: “Direito (...) é um sistema que regula direta ou indiretamente modos não violentos de transferência da propriedade, mediante a organização de um poder supra-individual capaz de impedir ou corrigir as transferências violentas da propriedade. O direito fica, assim, vinculado indissolavelmente à economia ou, mais precisamente, às relações de produção existentes num tempo e espaço determinados; é um instrumento de gestão, subordinado à economia, e sua complexidade é diretamente proporcional à intensidade dos intercâmbios a ao nível das culturas. Quando a correspondência entre as normas jurídicas e sistema produtivo decai, as normas envelhecidas caem em desuso, ou são substituídas por novas normas, emanadas pelo órgão competente.”

²⁴⁶ Bruno M. Salama defende tal posicionamento no texto O que é Direito e Economia. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág. 52.

²⁴⁷ A afastar a eventual determinismo econômico, o pensamento de Fátima Nancy Andriighi. Prefácio. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ou concorrenciais em sentido estrito, poderá lançar-se a uma variada gama de situações que ultimam por englobar a tomada de decisões. No que diz respeito à tradição romano-germânica que tem a lei em sentido amplo como a primeira fonte, a gênese do processo legislativo já envolve o selecionar de temas centrais; inovado o ordenamento jurídico, a receptividade da lei pelos destinatários das normas e sua proteção e aplicação pelo Judiciário dependerão de escolhas. Assim, na presença de tais escolhas a possibilidade de contribuição da Economia.²⁴⁸

3.1 Conceitos Basilares

O método econômico, no geral, poderá ser útil à investigação, análise e categorização de tendências dos agentes econômicos, os quais orientarão suas escolhas em conformidade com os benefícios criados pelas instituições, inclusive as jurídicas. Defensável, portanto, a orientação de que a teoria microeconômica corresponde ao arcabouço doutrinário capaz de explicar o porquê de determinadas decisões tomadas.²⁴⁹

Tal teoria se alicerça em conceitos basilares, destacando-se os seguintes: a) escassez; b) escolha (ou maximização) racional; c) incentivos, e d) eficiência. Quanto à escassez, de maneira didática, constata-se que a Economia é a ciência da escolha racional em um mundo – nosso mundo – em que os recursos são limitados em relação aos desejos humanos.²⁵⁰ Em outras palavras, a escassez é o reflexo de aspirações humanas ilimitadas. Isto é, poder-se-ia pensar numa infinidade de bens e serviços correspondentes à natural cupidez humana.

3.1.1 A Escassez

Entretanto, o alcance de determinados bens e serviços para muitos não passa de uma mera possibilidade distante. Por hipótese, imagine-se um consumidor assalariado, sobrando-lhe, após saldar despesas ordinárias, apenas R\$ 20,00. Para tal consumidor, em nível pessoal, a escassez significa simplesmente que, com uma poupança de R\$ 20,00, ainda que almejasse comprar uma casa de três quartos, adquirir um carro esporte Porsche, fazer uma viagem para a Europa, ir ao cinema uma vez por semana, comer fora três vezes por mês, e enviar recursos

²⁴⁸ Raciocínio esposado por GICO, JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. in: *Economic Analysis of Law Review*. v. 1, n. 1, jan-jun de 2010, pág. 16.

²⁴⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pág. 36.

²⁵⁰ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, fourth edition, 1992, pág. 3.

para a mãe doente, simplesmente²⁵¹, não lhe seria possível satisfazer seus planos com apenas seu salário.

Imagine-se o problema da escassez em relação às políticas públicas. Suponha-se que o governo arrecade R\$ 200 bilhões em receitas fiscais, mas se tenha comprometido, eleitoralmente, a gastar muito mais do que isso em investimentos militares, com programas de assistência social, com pesquisas relacionadas à exploração do espaço, com a construção de barragens, etc. Evidentemente, o governo deverá priorizar alguns projetos em detrimento de outros. A existência da escassez significa que escolhas deverão ser efetuadas, ou seja, se não for possível realizar todos os projetos, pessoais ou governamentais, será necessário investigar qual deles poderá se tornar factível com os recursos de que se disponha.²⁵²

3.1.2 A Escolha Racional

Dá a necessidade de se racionalizar a escolha, tendo em conta a tendência em se buscar conciliar a satisfação do maior número de projetos possíveis, apesar de eventuais limitações. A maximização como sinônimo de escolha racional será contextualizada quando potencializados os benefícios e minorados os custos. A racionalidade significa que no processo de escolha que se tiver que enfrentar por causa da escassez, as pessoas agirão de maneira a validar suas crenças sobre qual a melhor combinação de resultados desejáveis dentro dos limites de seus recursos. Trata-se de uma avaliação subjetiva e, por isso, não coincidente com a avaliação de outras pessoas.²⁵³

A avaliação da racionalidade de uma determinada escolha não dependerá da opção que se fizer, mas sim do processo pelo qual a escolha se implementar. Logo, é perfeitamente possível que dois indivíduos ultimem por agir racionalmente, ainda que efetuem escolhas diferentes. Exemplo: 'A' e 'B' ambos têm US \$ 20.000,00, e cada um gostaria de comprar um carro e um barco novos este ano. No mercado que comercializa tais produtos, um carro de tamanho normal e com acessórios custa US \$ 20.000,00, um automóvel menor custa US \$ 10.000,00 e um barco custa US \$ 10.000,00. 'A' compra o carro completo por US \$ 20.000,00 e 'B' compra o menor carro e o barco por US \$ 20.000,00. Pergunta-se: A e B agiram racionalmente? A resposta é um sim, para as duas escolhas.

²⁵¹ Exemplo proposto por MALLOY, Robin Paul in *Law and Economics (A Comparative Approach to Theory and Practice)*. New York: West Publishing CO., 1990, pág. 15.

²⁵² MALLOY, Robin Paul, op. cit., pág. 15.

²⁵³ RODRIGUES, Vasco, op. cit., pág. 14.

‘A’ valorou a aquisição do carro completo como mais vantajosa do que a efetuada por ‘B’, que decidiu pela aquisição do automóvel menor e do barco de forma combinada. A exemplo da opção de ‘A’, é possível constatar que muitas pessoas possuem carros extremamente caros, embora pudessem decidir pela aquisição de um carro mais barato, o que lhes possibilitaria uma economia de recursos e, em razão disso, a aquisição de outros bens e serviços.

Na hipótese comentada, é possível especular que a opção de ‘A’ tenha sido dirigida pela crença de que um carro completo é de suma importância para se alcançar prestígio, bem como impressionar os clientes; outra justificativa plausível estaria jungida ao fato de que ‘A’ faz viagens de longa distância, e o carro completo lhe pareceu ser a melhor opção pelo conforto ou, antes, imagine-se que ‘A’ foi vítima de um grave acidente automobilístico em que o outro motorista em um carro sem acessórios de segurança acabou vitimado fatalmente, sendo que ‘A’ convenceu-se de que foi salvo em virtude de estar na condução de um carro completo. ‘B’, por outro lado, tem um conjunto de valores diferentes. Ambos agiram racionalmente, porque cada um se propôs a obter o que eles acreditaram ser o melhor retorno para seus investimentos.²⁵⁴

Os dois conceitos acima explanados – escassez e escolha racional – ultimam por se entrelaçar e dar vazão a um conceito muito importante denominado custo de oportunidade. Por causa da escassez, deve-se manejar determinada escolha e quando se faz tal escolha, desiste-se de outras, que corresponderão a oportunidades. Quando ‘A’, no exemplo anterior, decidiu adquirir o carro completo, abriu mão da aquisição do barco, sendo que o custo de tal oportunidade naquela situação correspondeu a US \$ 10,000,00. O custo de oportunidade, assim, serve de parâmetro para que se avalie ou se projete qual a melhor opção a ser tomada.

3.1.3. Os Incentivos

O terceiro fundamento da Análise Econômica do Direito relaciona-se aos incentivos, que são fatores externos que poderão influenciar a tomada de decisões pelos agentes econômicos. A depender da existência ou ausência de tais incentivos, é possível a alteração do binômio custo-benefício referente à determinada atividade econômica.²⁵⁵

²⁵⁴ Mais um exemplo de MALLOY, Robin Paul, op. cit., pág. 16.

²⁵⁵ RODRIGUES, Vasco, op. cit., pág. 37.

3.1.4. A Eficiência

A mensuração do equilíbrio das grandezas do referido binômio custo-benefício redonda no quarto conceito fundamental da AED, a eficiência, que poderá ser avaliada na proporcionalidade entre os custos e os benefícios, ou seja, grandezas diretamente proporcionais, sendo que a potencialização dos benefícios significará, por consequência, um incremento dos custos.²⁵⁶

Numa outra perspectiva, dissociando-se os agentes econômicos que, respectivamente, são agraciados com os benefícios e suportam o aumento dos custos, sem ou com compensação dos prejudicados, também percebe-se a eficiência como conceito base da AED.²⁵⁷ Escassez, maximização racional, incentivos e eficiência correspondem a categorias centrais da denominada Análise Econômica do Direito, tendo em vista tratarem-se de conceitos condicionantes e condicionados. A interação necessária entre Economia e Direito sugere o intercâmbio entre estes campos do saber, sendo que as normas jurídicas, regra geral, funcionam como estímulos para melhoria dos mercados e do sistema econômico. Tal influência (para normatizar e fiscalizar os mercados) afigura-se bem-vinda e legítima, para coibir abusos dos agentes econômicos, pois é possível um paralelo entre preço alto e sanção negativa. As pessoas reagem aos preços mais elevados consumindo menos dos produtos mais caros. E, de modo semelhante, para escapar do recrudesimento das sanções, tenderão a evitar a prática dos comportamentos hábeis a atrair tais sanções.²⁵⁸

O regramento estabelecido pelo ordenamento jurídico demonstra-se essencial para disciplinar o grau da escassez dos recursos disponibilizados às pessoas. Os agentes econômicos, ao se comportarem conforme as normas jurídicas, estarão “a adotar a escolha que mais se aproxime da eficiência, posto que o comportamento eficiente sob a ótica de

²⁵⁶ Neste sentido, avalia SALAMA, Bruno M. Op. cit., pág. 55.

²⁵⁷ LOPES, Simone Anacleto inclui em tal perspectiva o ótimo Paretiano e o índice Kaldor-Hicks, temas que serão esmiuçados no item 2.3.3 deste trabalho. O movimento Direito e Economia. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Acesso em 29/07/2013, às 7:00: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/simone_lopes.html.

²⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 25.

determinada pessoa, via de regra, coincide com a alternativa que conduzirá à maximização racional de sua utilidade.”²⁵⁹ (grifos no original)

²⁵⁹ Arremata PAPP, Leonardo Papp *in Análise Econômica do Direito* e a (re)inserção da eficácia na Teoria do Direito. Trabalho apresentado no IV Congresso Anual da Associação Mineira de Direito e Economia. Acesso em 29/07/2013: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/article/viewFile/178/115>.

3.2 Custo elevado para atividade econômica e a confirmação do Teorema de Ronald Coase

As atividades desenvolvidas por consumidores e produtores muitas vezes resultam em externalidades. Uma externalidade é um efeito adverso (ou benéfico) do lado do consumo ou da produção, para o qual não se exige compensação imediata ou pagamento. A emissão de gases tóxicos como subproduto das atividades de uma indústria é um exemplo de externalidade. Esse tipo de externalidade, como se percebe, poderá corresponder a um impacto negativo sobre outras pessoas. Se alguém se dispuser a utilizar seu aparelho de som em sua residência (por hipótese localizada em um condomínio vertical), durante uma comemoração, deverá respeitar o sossego de seus vizinhos, pois, do contrário, estará a produzir poluição sonora a incomodar a vizinhança.

Segundo Ronald Coase, a sociedade pode alocar recursos de forma eficiente, mesmo quando há externalidades. Para que isso seja possível, no entanto, o custo de negociação deve ser mensurado. Tais custos de negociação também são conhecidos como custos de transação e incluem a operacionalização do custo que se tenha como razoável suportar, a fim de remediar eventual externalidade negativa. Tal processo incluirá os custos referentes à identificação das partes com quem se pretenda negociar, os custos oriundos da logística para a composição de uma solução conciliada e os custos da execução de eventual acordo.

O Teorema de Coase pode ser contextualizado com a hipótese seguinte. Considere-se uma fábrica de produtos químicos cuja descarga de poluentes em um rio cause danos e comprometa o fornecimento de água a seis vizinhos que são proprietários de imóveis limítrofes ao imóvel onde instalado o poluidor. Como resultado, cada vizinho sofre um prejuízo estimado em US \$ 100, podendo-se afirmar, por isso, que a indenização pelos danos totais poderá alcançar o montante de US \$ 600. O comprometimento da potabilidade da água pode ser eliminado de duas maneiras: 1) com a instalação de um filtro de descarga da água, com um custo de US \$ 300, ou 2) a cada vizinho prejudicado poderá ser fornecido um purificador de água doméstico a um custo de US \$ 75 por unidade residencial atingida ou ao custo total de US \$ 450. Neste exemplo, o filtro de descarga de água deve ser instalado na fábrica, uma vez que eliminará a contaminação a um custo menor. A solução menos onerosa demonstrou-se hábil a superar a externalidade.²⁶⁰

²⁶⁰ MALLOY, Robin Paul; op. cit., pág. 35-38.

Ronald Coase procurou investigar se a opção pelo menor custo seria a alternativa mais viável e por isso a ser selecionada pelas partes, independentemente de eventual norma jurídica a determinar a indenização causada aos vizinhos da fábrica poluidora ou a excluir a responsabilidade da fábrica. Em outras palavras, Ronald Coase queria saber se isso faria alguma diferença se o direito à água potável fosse garantido aos vizinhos da fábrica que restaram atingidos, em vez de se conceder eventual licença aos donos da fábrica para continuarem a exploração de seu negócio, apesar dos danos aos vizinhos, como que a referendar ao empreendimento o direito de poluir. Se a lei estivesse a garantir o direito à água potável, em seguida, a fábrica teria de pagar 600 dólares em danos, instalar um filtro de descarga de água para a fábrica no valor de US \$ 300, ou adquirir seis purificadores de água a serem instalados na casa dos seis vizinhos, a um custo total de US \$ 450.

Em tal situação, a escolha racional seria a menos onerosa para a fábrica, instalando em suas dependências o filtro de descarga de água. Por outro lado, se a lei reconhecesse à fábrica o direito de poluir, mantendo-se a produção sem ter que compensar os vizinhos pela externalidade negativa correspondente ao comprometimento da potabilidade da água, caberia aos moradores suportar os custos da poluição. Amargariam um dano coletivo e inicial estimado em US \$ 600, com a possibilidade de potencialização dos danos, sendo por isso recomendável que se predispussem a remediar a contaminação através da compra de seis purificadores de água a serem instalados em suas residências, a um custo total de US \$ 450.

Alternativamente poderiam unir-se para minorar seus prejuízos, adquirindo o filtro de descarga de água para a fábrica a um custo de US \$ 300. Na perspectiva de um mercado eficiente, os moradores também selecionariam a alternativa menos prejudicial do ponto de vista econômico e ultimariam por adquirir o filtro de descarga de água. Como este exemplo se ilustra o método menos oneroso e, em consequência, mais eficiente de controlar uma dada externalidade negativa, independentemente da atribuição legal de direitos, desde que, por hipótese, não se cogitem custos de transação.

Na hipótese de custos de transação de soma zero, a alternativa econômica mais eficiente seria escolhida, prescindindo-se de eventual regra jurídica. No entanto, em primeira instância, o representante da fábrica teve que arcar com o custo para correção da externalidade. Isto significa que a pessoa jurídica e os consumidores dos produtos por ela comercializados terminaram por arcar com os custos da indenização. De outro modo, considerando-se eventual regra legal permissiva, garantindo-se à fábrica o direito de poluir, os moradores atingidos suportariam os custos dos prejuízos causados pela externalidade.

Portanto, a regra jurídica escolhida estaria a definir qual das partes estaria obrigada a arcar com o custo da água potável em relação aos prejuízos já consolidados, mesmo que a regra jurídica não tivesse influência na escolha do método de limpeza a ser definido para prevenção de danos futuros.

Ronald Coase, em seguida, demonstrou que a assunção de quaisquer custos de transação seria algo não factível. Haveria dispêndio de tempo, inconvenientes e custo real para a cotização dos moradores atingidos, na perspectiva de uma estratégia conjunta para fins de uma negociação com a fábrica. Se, por hipótese, estimar-se que para cada um dos seis moradores o custo de transação alcançasse 80 dólares, então fácil concluir que o custo de transação poderia não recomendar a associação das vítimas comuns, tendo em vista a inexistência de resultados eficientes em tal empreitada, a depender da seleção e atribuição dos direitos legais.

Neste sentido, se a norma jurídica garantisse o direito dos moradores à água potável, prospectivamente, a fábrica deveria gastar US \$ 300 para um filtro de descarga de água e, ainda, pagar indenização de US \$ 100 para cada morador para um custo total de US \$ 600 ou pagar US \$ 75 a cada morador, para que lhes fosse possível adquirir para cada casa atingida um purificador de água, a um custo total de US \$ 450. A decisão econômica racional, em tal situação, seria a fábrica adquirir para seu estabelecimento filtro de descarga de água orçado em US \$ 300. A assunção dos custos de transação não afeta o resultado da presente hipótese, porque a fábrica não necessitou se cotizar com outros para formular uma estratégia comum de ação contra a fábrica.

Em outra perspectiva, se a regra legal reconhecesse o direito da fábrica de poluir, o resultado seria diametralmente oposto. Considerando-se a quantia de US \$ 80 como correspondente ao somatório de todos os valores classificados como custos de transação em relação aos moradores, cada indivíduo optaria por comprar um purificador de água para sua respectiva morada a um custo de US \$ 75, em vez de arcar com o referido custo de transação de US \$ 80, necessário para que se pudessem organizar e oferecer à fábrica o filtro de descarga de água, a um custo de US \$ 300. Nesta hipótese, buscando cada morador solucionar o problema individualmente o prejuízo isolado seria menor, pois alcançaria US \$ 75 enquanto que trabalhando juntos, o prejuízo se potencializaria, custando para cada um deles o montante de US \$ 130 ($\$ 80$ mais $1/6 \times \$ 300$).

A partir de tal exemplo, constata-se que os custos de transação podem impedir que a regra jurídica escolhida seja capaz de debelar da maneira mais eficiente eventual

externalidade. No exemplo analisado, vê-se que quando se reconhecer à fábrica o direito de poluir, o método menos oneroso para diminuir a poluição ultimará não escolhido. Isso porque a estratégia conjunta para debelação demandaria o sacrifício de mais recursos escassos do que os necessários para corrigir o problema da poluição da água. Tal resultado é ineficiente do ponto de vista social, mas é economicamente racional e previsível a partir do modelo do economista. Os operadores do direito, na inovação do ordenamento jurídico, bem como na aplicação das normas jurídicas vigentes, devem estar conscientes dos custos de transação e suas implicações, pois, do contrário, restarão comprometidos os resultados positivos almejados pelo legislador.

Richard Posner rememorou a importância da obra de Ronald Coase e sintetizou, em forma de hipótese, o trabalho que rendeu ao professor o Nobel de Economia no ano de 1991, ao defender que se os custos para eventual transação forem contextualizados baixos ou insignificantes, pouca influência teria o ordenamento jurídico na alocação de recursos.²⁶¹

Na hipótese de uma execução singular frustrada, em caso de insolvabilidade de uma sociedade empresária, defensável que o credor prejudicado, um consumidor, por exemplo, no caso da legislação brasileira, possa optar pelo incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (com fundamento no art. 28, § 5º, do CDC) e, assim, consiga a satisfação de seu crédito ou então se predisponha a deflagrar uma execução coletiva – pedido de falência - em que possível também responsabilizar ilimitadamente os sócios da pessoa jurídica, ainda que por ação autônoma²⁶² (art. 94, inc. II, c/c art. 82, da LFRE).

O custo social da primeira opção, na perspectiva de um patrimônio particular dos sócios que acabe por se esvaír com a satisfação de um único credor, denota-se elevado, flagrantemente egoísta, porque tornará natimorto eventual processo de falência que venha a ser intentado por outros credores, mesmo que formalmente, com direito de preferência à percepção de seus créditos (como no caso de trabalhadores do empreendimento) se lhes fosse possível a concorrência com o credor-autor do pedido de desconconsideração.

Ainda que indiretamente, possível inferir que a opção pela desconconsideração meramente objetiva (para os credores que dela se possam beneficiar), apesar de menos eficiente do ponto de vista econômico e social, afasta o que se pode denominar de custos de transação impostos pelo rito falimentar, como, por exemplo, os honorários que deverão ser

²⁶¹ POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2009, pág. 429-449.

²⁶² A denominada ação de responsabilização prevista no art. 82, da LFRE, será esmiuçada oportunamente.

pagos ao Administrador da Massa, a limitação da atualização monetária dos créditos até a data da quebra, o rateio proporcional do patrimônio eventualmente arrecadado e liquidado e o pagamento condicional dos juros após a declaração de falência, dentre outros. Estes custos de transação legais corroboram o desvirtuamento dos objetivos da lei, e validam o teorema de Ronald Coase, criando-se no ordenamento jurídico brasileiro supercredores (quando beneficiários das hipóteses de desconsideração objetiva) e, mesmo que a infringir indiretamente a ordem de vocação dos créditos delimitada no art. 83, da Lei de Falências.

3.3 Desconsideração da Personalidade Jurídica meramente objetiva: Desincentivo para Empreendedores e Falha de Mercado

A análise do binômio risco-lucro constitui preocupação diuturna dos que se vocacionam à atividade empresarial. Nada mais natural, portanto, que se queira, nos termos da lei, após a formalização de um empreendimento através de uma sociedade, a proteção dispensada pelo direito empresarial. A autonomia patrimonial é princípio basilar porque permite a separação entre o patrimônio do ente coletivo e o patrimônio particular dos sócios do empreendimento, sendo mais comum no direito pátrio a estruturação da pessoa jurídica de acordo com o regime jurídico das sociedades de responsabilidade limitada, para que, uma vez integralizado o capital social, mesmo em caso de insucesso eventual do negócio, o patrimônio particular dos sócios não venha a ser comprometido com dívidas sociais eventualmente em aberto.

Não se trata de garantia absoluta, pois se a pessoa jurídica for utilizada abusivamente, para fraudar credores, por exemplo, é justificável a desconsideração da personalidade jurídica, eis que a proteção eventualmente invocada cairá no vazio, pois os sócios responsáveis pela fraude terão criado as circunstâncias autorizadoras do levantamento do véu societário. Entretanto, a hipótese de desconsideração objetiva, dependente para sua contextualização da mera insolvabilidade do ente societário, desnatura a segurança jurídica alcançada com a personalização e se projeta como uma falha de mercado, pois se o risco de eventuais perdas for ilimitado, talvez se apresente como escolha mais vantajosa a especulação do capital disponível no mercado financeiro, em vez do seu emprego e de sua concatenação de tal capital com os demais fatores de produção para prover as necessidades sociais referentes aos mais variados bens e serviços.

Uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica meramente objetiva se apresenta como nítido desincentivo à atividade produtiva. Poderá ser cotada no custo marginal privado (preço pago pelo ente coletivo para disponibilizar seus produtos/serviços no mercado, incluindo o valor dos insumos, da mão de obra, dos serviços prestados por colaboradores, da logística, do transporte, da carga tributária, dentre outros fatores) ou contribua para o desaquecimento da economia, sendo que a diminuição da oferta poderá redundar na alta de preços, bem como na escassez ou na ausência de formalização dos postos de trabalho.

O prejuízo social é perceptível e as práticas apontadas são factíveis diante da necessidade de maximização do lucro. Se não se puder escapar à potencial ilimitação da responsabilidade, urgente a potencialização dos lucros, o que se buscará com a proporcional diminuição do custo marginal privado, ainda que isso signifique a expansão do custo marginal social que corresponde a “soma do custo marginal privado e dos custos marginais adicionais impostos involuntariamente a terceiros por cada unidade de produção”.²⁶³

Se a desconsideração da personalidade jurídica se demonstra, em princípio, um mecanismo ineficiente, sua utilização deve mesmo ser parcimoniosa, excepcional. Alternativas à técnica do levantamento do véu societário devem ser pesquisadas. A Análise Econômica do Direito poderá contribuir com esta tarefa, pois está preocupada com a eficiência ou em outras palavras em agir com um mínimo de gasto, esforço e desperdício. Na discussão da eficiência, os conceitos de Pareto superior ou ótimo de Pareto²⁶⁴ são muitas vezes referidos.

3.3.1 O Índice de Pareto

A mudança no *status quo* é considerada pelos economistas Pareto superior quando faz pelo menos uma pessoa melhor, sem fazer qualquer outra pior.²⁶⁵ Suponha-se que A venda uma escultura em madeira para B por R\$ 10,00, transação esta em que ambas as partes têm a informação completa, e a transação não tem efeito sobre qualquer outra pessoa. Em seguida, a alocação de recursos, que é provocada pela transação é dita Pareto superior à alocação de recursos antes da operação. A transação Pareto-superior – frise-se - é aquela que irá beneficiar pelo menos uma pessoa sem que isso cause prejuízo a outra.²⁶⁶

A crítica a tal critério se estabelece, diante da constatação de que as relações entre os agentes econômicos poderão gerar externalidades. O isolamento dos agentes econômicos parece algo não factível. Se um pescador se dispuser a beneficiar seu pescado e vendê-lo diretamente a um turista por um preço módico, em princípio tal negócio beneficiará a ambos. Entretanto, há efeitos externos em perspectiva. No caso, a atividade do pescador, ainda que lícita, afetará negativamente a produção dos demais pescadores. Porém, ele não estará

²⁶³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 61-62.

²⁶⁴ Princípio assim denominado em homenagem ao economista italiano que o desenvolveu: Vilfredo Pareto (1848-1923).

²⁶⁵ MALLOY, Robin Paul. Op. cit., pag. 39.

²⁶⁶ Exemplo explicado por POSNER, Richard. Op. cit., pág. 12-15.

obrigado a ressarcir seus companheiros de profissão, ainda que indiretamente a eles tenha causado um prejuízo. Por isso, “acaba gerando um resultado que é subótimo, apesar de perfeitamente racional”.²⁶⁷

Nos exemplos clássicos acima, a contextualizar o eficiente de Pareto, percebem-se negócios consensuais, voluntários, onde, evidentemente, ausente a fraude, a coação, dentre outros vícios do consentimento; ambas as partes alcançam melhoria em sua própria estimativa, em virtude do referido negócio. Porém, no mundo real, condicionar a eficiência de uma determinada transação ao consenso parece restringir em muito seu conceito.

3.3.2 O critério Kaldor-Hicks

Dois economistas britânicos, Nicholas Kaldor e John R. Hicks, imaginaram uma outra medida de eficiência. Pelo critério Kaldor-Hicks não deve haver uma preocupação exagerada com o fato da realocação de recursos eventualmente causar prejuízos a um dos envolvidos do negócio, ultimando tais prejuízos por conduzi-lo a uma situação pior, pois o que mensurará o grau de eficiência do negócio será a utilidade verificada em relação a toda sociedade.

De acordo com a teoria Kaldor-Hicks, uma realocação de recursos será eficiente se aqueles que ganharam com ela obtiverem o suficiente para compensarem totalmente os que em razão dela perderem recursos, embora não haja qualquer exigência de que ocorra uma compensação real. Fala-se de maximização da riqueza agregada, tratando-se de uma compensação potencial.^{268 269 270}

Uma simplificação dos critérios anteriores redundou na aceitação de que eficiência haveria quando constatada a maximização da riqueza. Isto autorizaria a atribuição dos bens a quem tivesse condições e vontade de mais pagar por eles. Richard Posner, em seu *Economic Analysis of Law* defendeu o conceito de eficiência como a maximização da alocação dos recursos. Entretanto, esclareceu que tal critério não seria absoluto, pois limitado pelas necessidades sociais.^{271 272}

²⁶⁷ Confirma-se o raciocínio de FIANI, Ronaldo, op. cit., pág. 167.

²⁶⁸ HIERRO, Liborio. *Justicia, Igualdad y eficiencia*. *Isonomia*, nº, 9, Outubro/1998, pág. 134.

²⁶⁹ MICELI, Thomas J. *Economics of the Law*. New York: Oxford, 1997, pág. 6.

²⁷⁰ PARISI, Francesco. *Scuole e Tendenze nella Analisi Economica del Diritto*, *Biblioteca della Libertà* 33, 1998, pág. 9.

²⁷¹ HIERRO, Liborio. *Justicia, Igualdad y eficiencia*. *Isonomia*, nº, 9, Outubro/1998, pág. 135-136.

Pelos critérios acima, a eficiência, como princípio, merece consideração, porque hábil a aperfeiçoar sistemas deficitários, sendo relevante também para os temas aqui pontuados – princípio da autonomia patrimonial e sua relativização demasiada pelas cláusulas gerais a possibilitar a técnica da desconsideração em relação às sociedade empresárias – impondo-se a necessidade de diálogo e coerência entre as espécies normativas relativos a um e outra.

²⁷² Idem. Op. cit., pág. 13.

3.4. Gastos Elevados em Litígios

A tendência legislativa de impor a técnica da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades empresárias e entre sociedades (no contexto de grupos econômicos) inflacionará o que se denomina de “mercado do litígio”²⁷³. Tal expressão se relaciona com a judicialização de conflitos entre agentes econômicos, entre empreendedores e consumidores, por exemplo. Denota-se tarefa bastante complexa medir o custo dos processos judiciais mundo afora. Porém, uma das variáveis relevantes diz respeito ao tempo dispensado para resolução das demandas. Racionalizar o tempo do litígio parece ser uma aspiração antiga dos jurisdicionados, como bem frisou Ruy Barbosa em sua Oração aos Moços: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.²⁷⁴

Uma das maneiras eficazes de se abreviar a solução do litígio ocorre através da autocomposição, ainda que intermediada pelo Estado-Juiz. Entretanto, a técnica da desconsideração da personalidade jurídica não favorece uma solução negociada, mas sim a postergação do litígio. Nesse sentido, pesquisas empíricas realizadas nos Estados Unidos, por exemplo, demonstram que “os julgamentos completos não valem a pena socialmente a menos que valores substantivos estejam em jogo, fato que incentiva a evitar julgamentos e a utilizar a resolução alternativa das disputas”.²⁷⁵ No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, no periódico “Justiça em Números” tem dado certa transparência aos esforços do Poder Judiciário para tornar possível ao cidadão avaliar a efetividade e qualidade da prestação jurisdicional, confrontando outras variáveis além do tempo de conclusão das demandas.²⁷⁶

²⁷³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 451.

²⁷⁴ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf Acesso em 30/07/2013, às 20:00.

²⁷⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 460.

²⁷⁶ Em nota institucional, pronunciou-se o CNJ: “Um tribunal deixa de se destacar apenas pela boa produção de decisões ou alto volume de processos arquivados, pois passa a ser analisado a partir dessas duas variáveis, em combinação com seu contexto estrutural, sua despesa, número de servidores, grau de informatização e outros indicadores. O exame da eficiência passa a correlacionar produtividade com despesa, estrutura física e de pessoal.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 30/07/2013, às 20:00.

3.4.1 A Teoria Econômica do Processo Judicial

A Análise Econômica do Direito, no que diz respeito à Teoria Econômica do Processo Judicial, lança-se também à avaliação da eficiência do próprio sistema judicial, o que se poderá alcançar investigando se seu objetivo – a minimização dos custos sociais – tem sido alcançado, ainda que parcialmente. Como ponto de partida, o processo público de resolução dos conflitos – o processo judicial – estrutura-se em etapas bem definidas, podendo ser estudado, “do momento desde que a reivindicação é apresentada até a resolução da disputa”²⁷⁷.

O processo judicial desenvolve-se em etapas, nas quais é possível a análise do comportamento das partes, com vistas a entender as vantagens ou desvantagens da manutenção do litígio, os custos envolvidos, as escolhas racionais, a eficiência das decisões conciliadas ou independentes e a eficiência dos julgamentos.

A concorrência do Poder Judiciário na resolução dos conflitos de interesses envolve, naturalmente, um “custo administrativo” de cada litígio, correspondente aos serviços burocráticos da estrutura judiciária para o desenvolvimento do devido processo legal: deflagração e registro técnico do conflito (autuação ou digitalização da inicial); diligências de correio ou por meio de oficial de justiça para o chamamento formal do requerido, a fim de que lhe seja facultado o contraditório e a ampla defesa, dentre outros; serviços estes que têm seu valor distribuído nas custas judiciais iniciais. Além disso, há o custeio de eventual prova técnica e o ônus da sucumbência referente ao pagamento dos honorários advocatícios da parte vencedora da disputa, sendo de se destacar que, após o julgamento de primeira instância, pelo menos parte dos serviços burocráticos serão repetidos nas instâncias superiores e continuarão durante a fase de execução do julgado.

Ademais, há a manutenção dos subsídios e salários de magistrados, promotores, defensores públicos, contadores judiciais, e demais serventuários da justiça, bem como o custo do aparato físico (móveis e imóveis) para que seja possível a prestação da tutela jurisdicional. Além disso, há a possibilidade de erros judiciários que também devem ser computados no custo final da atividade jurisdicional.²⁷⁸

²⁷⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 403.

²⁷⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 405-406. Confira-se o pensamento destes autores: “Para desenvolver uma medida simples, considere as regras processuais como instrumentos para aplicação do direito substantivo. O uso dos instrumentos tem seu custo, chamado ‘custo administrativo’ (...) Além disso, a utilização

A minimização dos custos da judicialização dos conflitos seria medida eficiente, mediante, por exemplo, a solução conciliada das demandas, isto é, através de eventual composição a ser homologada judicialmente. No caso brasileiro, percebe-se um esforço para as partes alcançarem a autocomposição, pois ao Juiz caberá “tentar a qualquer tempo conciliar as Partes” (art. 124, inc. IV, do CPC). A autocomposição é preferível ao julgamento, pois abreviará a solução do litígio, redundando na redução dos custos administrativos e, por consequência, o custo social do processo judicial.

Demonstra-se, assim, eficiente o estabelecimento de regras processuais que minimizem o tempo de solução dos conflitos judicializados. Quando uma sociedade empresária, em situação de crise financeira, tem sua falência decretada, a insolvabilidade correlata representará perdas para os credores do ente coletivo. Na perspectiva de um ativo deficitário, para preservar a empresa, poderá haver a cotização dos credores e/ou dos empregados para a formação de outra sociedade que venha a aproveitar parcialmente a estrutura da falida, nos termos do art. 145, da LFRE. Trata-se de exemplo legislativo a contextualizar a socialização dos prejuízos de credores comuns ou, conforme as diretrizes da AED, parâmetro de eficiência do processo judicial.

A desconsideração da personalidade jurídica do ente coletivo, em sede de execução individual, por outro lado, incentiva o litígio, e não a autocomposição. Uma vez fixado o valor a ser satisfeito pelo credor e, na ausência de execução voluntária, na fase de cumprimento de sentença, o exequente lançará mão dos meios processuais adequados para restringir o patrimônio do executado necessário à satisfação de seu crédito.

Porém, se frustradas as diligências efetuadas por convênios eletrônicos - como bloqueio eletrônico de valores em contas bancárias de titularidade do executado (via BACENJUD) ou restrição judicial de veículos automotores (pelo sistema RENAJUD) -, poderá o exequente indicar à penhora bens de titularidade da sociedade executada. Se mais uma vez restarem negativas as diligências, a depender do tipo de credor – terá lugar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica do ente coletivo, pelo viés subjetivo ou meramente objetivo, para redirecionar a execução para o patrimônio particular dos sócios da sociedade executada.

desses instrumentos pode causar erros na aplicação do direito substantivo. Por exemplo, a parte errada pode ser responsabilizada, ou a parte certa pode ser responsabilizada pela quantia errada. Os erros distorcem os incentivos e impõem diversos custos à sociedade. Nossa medida mais simples dos custos sociais combina os custos administrativos e os custos dos erros (...).”

3.4.2 Os custos do Julgamento e as Árvores de Decisão

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (pela nomenclatura e nos termos apresentados no anteprojeto do novo CPC) é estratégia de que se poderá valer o patrono da parte exequente que perceba frustrada a execução contra o ente coletivo, sendo possível estimar graficamente o grau de sucesso ou fracasso da medida através das denominadas árvores de decisão, de acordo com a “teoria dos jogos”.^{279 280}

Retrospectivamente, imaginem-se negócios entabulados entre duas sociedades empresárias. “A”, distribuidora de produtos alimentícios e “B”, pequeno supermercado. “B” deixa de efetuar o pagamento de títulos de crédito que emitiu em favor de “A”, sob a alegação de defeito nos produtos entregues, apesar de receber parte das mercadorias. Seguem-se o protesto dos títulos e demais meios suasórios para solução do impasse, mas sem sucesso.

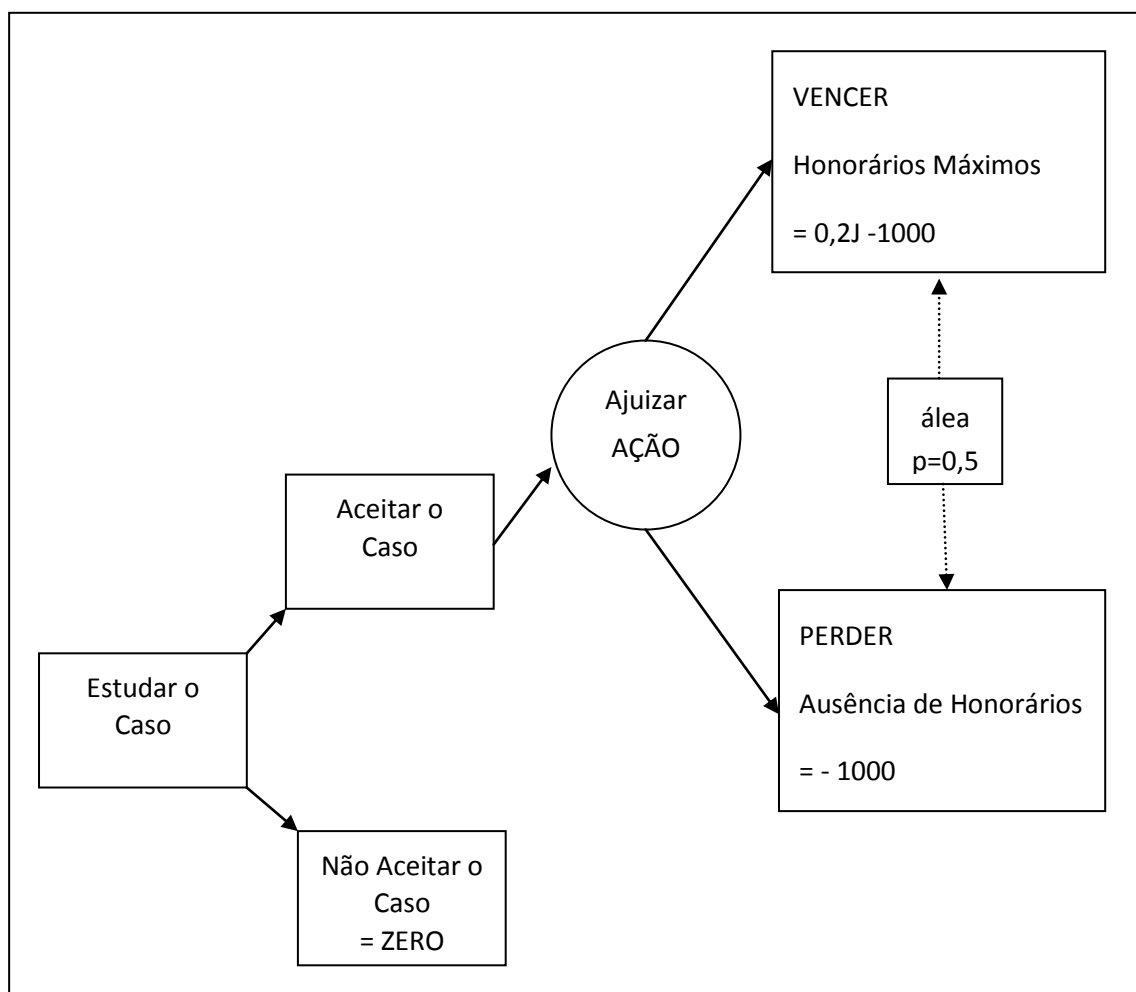
A distribuidora, então, consulta um advogado (“C”) sobre a conveniência de uma medida judicial contra o supermercado. Após analisar a narrativa de “A” e compulsar a documentação apresentada, “C” estima a probabilidade de 50% de sucesso da execução vindoura²⁸¹ e cogita de apresentar proposta de honorários advocatícios equivalentes a 20% sobre o resultado positivo em favor de “A”. O resultado esperado é J (por hipótese, R\$ 12.000,00, considerando-se que a execução será impugnada) e que conformará o valor da causa. O advogado calcula, ainda, como despesas ordinárias para o acompanhamento da causa e não ressarcidas imediatamente pelo cliente a quantia de R\$ 1.000,00, até a conclusão da demanda. Diante de tal quadro, é possível avaliar a conveniência ou não da aceitação da causa pelo advogado, através do seguinte esquema:

²⁷⁹ A “teoria dos jogos” se relaciona com um dos conceitos básicos da Análise Econômica do Direito que é a escolha racional. Assim, a “teoria dos jogos procura entender como os jogadores (sejam eles indivíduos, empresas, organizações, países, etc.) tomam suas decisões em situações de interação estratégica. Em outras palavras, a teoria dos jogos visa a explicar como esses jogadores fazem as suas escolhas em situações de interação estratégica. Para estudarmos como os jogadores tomam as suas decisões, temos de considerar as preferências desses jogadores, pois essas preferências é que irão nortear as escolhas dos jogadores (...) a teoria da escolha racional, ou seja, a teoria que parte das preferências dos jogadores para entender suas escolhas, assumindo como um princípio básico a ideia de que os jogadores são racionais”. Para o aprofundamento do tema confira-se FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos* (com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais). Elsevier, 3. ed., Rio de Janeiro, 2009, pág. 23-39.

²⁸⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 407.

²⁸¹ Hipótese fática construída através do julgado no Agravo de Instrumento nº 0112631-33.2013.8.26.0000 pelo TJSP, Registro 2013.0000396428, em 04/07/2013 em que se afastou pedido desconsideração da personalidade jurídica. Hipótese jurídica tratando da higidez ou não de duplicata protestada por indicação, com fundamento nos AgRg nos AResp n. 307895/SP e 91827/SP, respectivamente, DJe 24/05/13 e 04/06/13, ambos da 4ª Turma do STJ.

Figura 4. Preço do Litígio para o Advogado
Árvore de Decisão (aceitar o recusar a causa?)



Fonte: adaptação de COOTER & ULEN

De acordo com a figura acima, o referido advogado em função do valor positivo da demanda “J”, confrontando as probabilidades de sucesso e fracasso da causa, poderá calcular a conveniência ou não de aceitar o caso. Deverá, para tanto, calcular o ponto crítico da função, que corresponderá em perspectiva a eventual decisão judicial que reconheça “J”, em vez de positivo, nulo. A equação para medir a conveniência da aceitação do caso é:

$$0,5(0,2J - 1000) + 0,5(-1000) = 0$$

$$0,5(0,2J - 1000 - 1000) = 0$$

$$0,5(0,2J - 2000) = 0$$

$$0,2J - 2000 = 0$$

$$0,2J = 2000$$

$$J = 2000/0,2$$

$$J = 10000$$

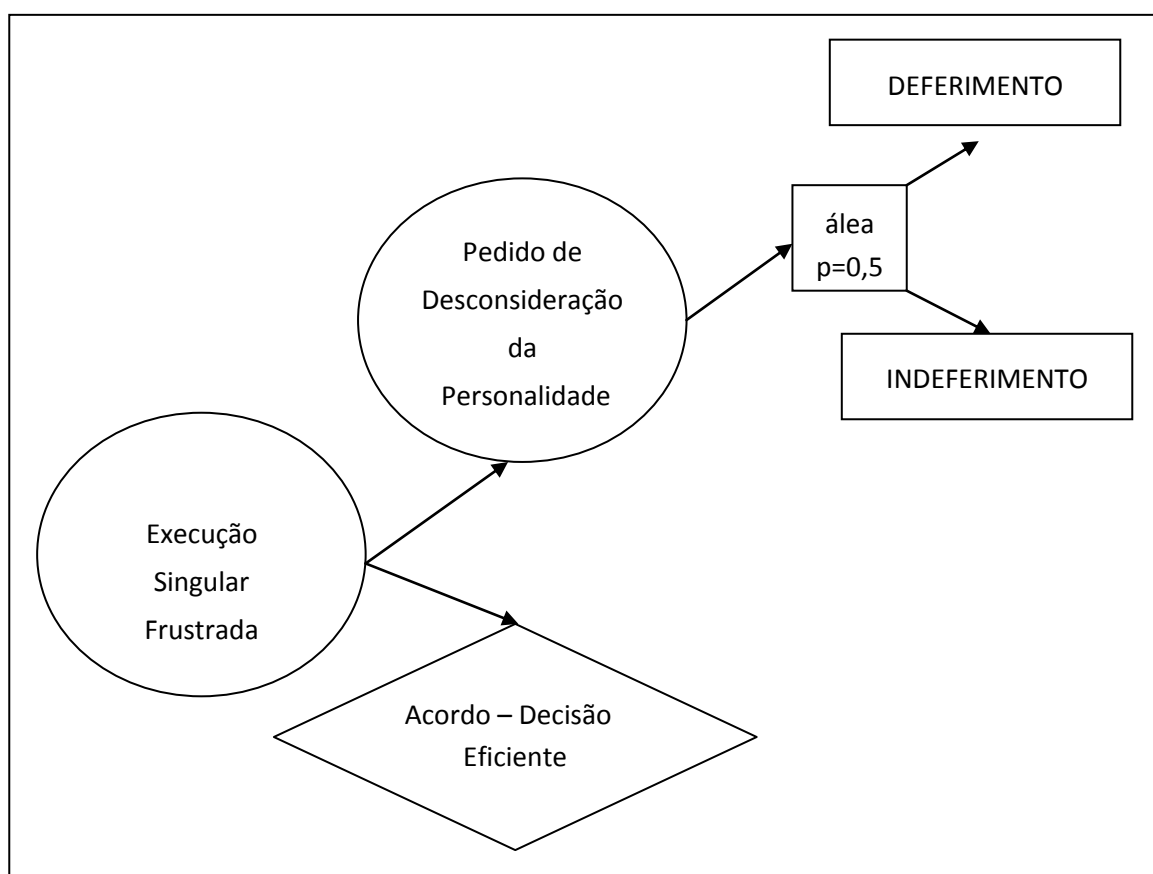
Portanto, tendo em vista que o valor positivo e esperado em favor do cliente depois do julgamento supera o mínimo calculado (R\$ 10.000,00) e alcança o montante de R\$ 12.000,00, torna-se viável a aceitação do caso e o ajuizamento da execução. Se, entretanto, em vez de R\$ 1.000,00, após o curso da demanda, o advogado for obrigado a dispendar da quantia de R\$ 3.000,00 diante do postergar da resolução da lide, por exemplo, perceber-se-á que, ao final, o percentual de 20% sobre o valor nominal da causa ultimar-se-á inferior às despesas que efetuou para o acompanhamento do processo. Diante desse novo quadro, se não recuperar as despesas que efetuou, seu trabalho será subestimado do ponto de vista econômico, pois receberá a título de honorários quantia inferior ao montante que gastou para acompanhar o curso do feito.

3.4.3 Cálculo econométrico eficiente: entre eventual acordo e o pedido de desconsideração da personalidade jurídica na execução singular

Outras árvores de decisão poderiam ser construídas para avaliar o comportamento das partes durante as outras fases da lide. Suponha-se, nesta linha de raciocínio, que, após o julgamento dos embargos à execução, mantenha-se como valor devido o montante de R\$ 12.000,00, quantia esta que, atualizada monetariamente, chega a R\$ 13.500,00. Porém, após as diligências de praxe, não se encontram bens passíveis de execução, tendo em vista inclusive a desativação fática do supermercado.

Extrajudicialmente, a executada propõe-se a pagar de forma parcelada apenas o valor nominal do débito. Nesta hipótese, além da conveniência de encampar o acordo, abrir-se-ia para o exequente a possibilidade de invocar a desconsideração da personalidade jurídica, sob a alegação de dissolução irregular, porque indiciariamente a conformar fraude contra credores. Mais uma vez, diante do natural dissenso doutrinário e jurisprudencial, é possível a afirmação de que a probabilidade de sucesso no pedido de desconsideração seria de 50%. Eis, assim, um outro nó da árvore de decisão hipoteticamente aqui referenciada:

Figura 5. O preço do conflito.
Árvore de Decisão (Acordo ou DPJ?)



Fonte: COOTER & ULEN, adaptado pelo autor.

Se o custo da continuação da demanda superar o valor de atualização com a qual não concordou a executada, bem como o custo de oportunidade referente ao ganho de capital pertinente a eventual investimento das parcelas do principal (a que se predispôs a executada), mais eficiente e razoável então será encampar o acordo e, por isso, optar por não requerer a desconsideração da personalidade jurídica.

Por outra ótica, cuidando-se de execução frustrada, mas possibilitando-se ao exequente o pedido de desconsideração pelo viés objetivo, potencializa-se a chance de deferimento de tal pedido, o que não favorece eventual concessão do exequente, ainda que isso não signifique garantia absoluta de que receberá o que lhe é devido. Seja como for, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica é medida autorizada pela lei, mas potencialmente injusta em relação aos sócios que não se imiscuiram da administração do ente coletivo e, seguramente, catastrófica no que diz respeito aos sócios investidores de pequenas empresas, do ponto de vista econômico, pois, em vez de salvaguardar o sucesso de uma execução frustrada contra o ente coletivo, o redirecionamento da execução contra seus sócios poderá redundar em constrições de patrimônio insatisfatórias, ocasionando, eventualmente, a insolvência civil dos executados pessoas físicas.

Em tal hipótese, a ruína financeira do ente coletivo contaminará as finanças de seus sócios, levando-os à insolvabilidade potencial, o que não solucionará o saldo em aberto na execução contra o ente coletivo e, ainda, em perspectiva, solapará o Poder Judiciário com possíveis execuções coletivas civis inócuas, pela ausência de patrimônio arrecadável e administrável em relação aos sócios investidores. Constrói-se um círculo vicioso, percebendo-se não a socialização dos prejuízos entre as partes, mas sim a ineficiência do sistema processual, criticável pelo incremento dos custos sociais envolvidos e por remanescer burocrático, moroso e congestionado.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS NA FALÊNCIA

A responsabilização dos sócios no caso da falência do ente coletivo tem regime jurídico concentrado nos art. 81 e 82, da Lei 11101/2005. Percebe-se que, a depender do tipo societário escolhido, a decretação da falência, automaticamente, calhará na falência dos sócios de responsabilidade ilimitada, quais sejam: todos os sócios da sociedade em nome coletivo (art. 1039, do Código Civil); os comanditados na sociedade em comandita simples (art. 1045, do Código Civil); os comanditários que eventualmente venham a praticar atos de gestão (art. 1047, do Código Civil); os sócios administradores da sociedade em comandita por ações (art. 1090 do Código Civil) e os sócios em comum das sociedades de fato e irregular (art. 990 do Código Civil).

4.1 Os sócios de responsabilidade ilimitada

A norma jurídica prevista no art. 81²⁸², da atual Lei de Falências, demonstra-se lógica e eficiente, pois seria uma antinomia jurídica impor legalmente a solidariedade em relação às dívidas sociais no que diz respeito aos sócios mencionados no parágrafo anterior e olvidar que os efeitos da execução coletiva, sobretudo os relativos à necessidade de arrecadação de patrimônio se lançarão subsidiariamente sobre os patrimônios dos sócios responsáveis pelos empreendimentos. Além disso, a solidariedade passiva, coerentemente, atrai a solidariedade ativa, pois do contrário os credores particulares dos sócios de responsabilidade ilimitada poderiam receber tratamento discriminatório, mesmo que em situação similar à dos credores da pessoa jurídica falida. Imagine-se, por exemplo, credores trabalhistas do ente coletivo falido, habilitados na execução coletiva, e um empregado doméstico do sócio de responsabilidade ilimitada a executá-lo na justiça laboral.

Na atualidade, não há vantagem econômica na eleição dos referidos tipos societários, exatamente em função da responsabilidade subsidiária ressaltada, sendo praticamente inexistentes sociedades constituídas por aqueles tipos. Seja como for, teoricamente, na eventualidade da decretação da falência de uma sociedade em nome coletivo, comandita

²⁸² Art. 81 da LFRE - A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

simples ou comandita por ações, pelo menos em relação aos sócios de responsabilidade ilimitada, não há cabimento para a desconsideração da personalidade jurídica, por não haver separação dos patrimônios, enquanto remanescer passivo social a descoberto.

4.2 A Ação de Integralização

Para mitigar, parcialmente, a responsabilidade limitada (na sociedade limitada e na sociedade anônima) há que se verificar se houve integralização das quotas ou das ações. Isto porque, nos limites do que ainda restar pendente de integralização, haverá responsabilidade solidária como se lê, por exemplo, no art. 1053, do CC.²⁸³ Em tal situação, a massa de credores terá legitimidade para propor contra os sócios remissos a competente ação indenizatória, nos termos do parágrafo único do art. 1004, do CC c/c art. 50, § 1º, do DL 7661/45, cuja aplicação se torna possível por analogia.²⁸⁴

Cuidam-se de normas jurídicas expressamente previstas para as sociedades personificadas, tendo em vista que um dos efeitos da formalização da constituição do ente coletivo corresponde à garantia da separação dos patrimônios. Por outro lado, mais sutis e de construção melhor elaborada ou trabalhosa do ponto de vista da evidenciação dos fatos são as hipóteses relativas à sociedades não personificadas.

4.3 As Sociedades Não Personificadas

As sociedades de fato, material e concretamente funcionais, mas não organizadas por um contrato escrito (sociedades em comum ainda não registradas – as antigas sociedades irregulares e de fato), tem seu regime jurídico inscrito nos art. 986 a 990, do CC. O patrimônio do empreendimento pode ser definido como patrimônio de afetação, de titularidade comum ou patrimônio especial, nos termos do art. 988, do CC. O desafio será fazer o inventário de tal patrimônio, pois a ausência de constituição formal do ente coletivo ultimar-se-á por dificultar a discriminação do referido patrimônio especial. Seja como for, os sócios serão responsabilizados solidária e ilimitadamente pelas dívidas sociais, sendo que o sócio que contratou pela sociedade não poderá invocar o benefício de ordem delimitado pelo art. 1024, do CC.

²⁸³ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 304.

²⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhôa, denomina tal iniciativa pelo nome de ação de integralização. Idem.

Na hipótese rara de pedido de falência em relação à sociedade empresária informal,²⁸⁵ o que é teoricamente possível, eis que expressamente autorizado eventual pedido de autofalência (art. 105, inc. IV, da LFRE), coloca-se a possibilidade de falência do empreendimento não personalizado.

Nesta perspectiva, apesar da norma jurídica que define o patrimônio da sociedade em comum como patrimônio que deveria ser reservado à satisfação das obrigações do empreendimento, há que se ponderar que sem uma contabilidade formal e, portanto, sem uma documentação que possa projetá-la para estimar o referido patrimônio especial, mais tormentosa será a arrecadação dos bens correspondentes. Logo, uma vez decretada a falência contra um dos sócios (por exemplo, um empresário individual a exercer a atividade na informalidade), apesar da mencionada responsabilidade ilimitada e solidária dos demais sócios, de se perquirir qual a mais eficiente via para identificar e arrecadar bens do próprio empreendimento, bem como dos demais sócios de fato ou, subsidiariamente, destes requerer a devida indenização por eventual dilapidação do patrimônio social.

Tratando-se de um conflito interno entre os sócios do ente coletivo não personificado, buscar-se-ia o reconhecimento e a dissolução da sociedade de fato, ação a ser intentada pelo rito ordinário, de dilação probatória ampla, apesar da ressalva do art. 987, do CC, que prioriza a prova documental para que se possam inferir as características principais do ente coletivo, como objeto social, eventual prazo de duração, participação de cada sócio no capital social, forma de integralização do referido capital, dentre outras nuances, defluindo disso o precisar de eventual apuração de haveres.

Por outro lado, no caso sob análise, da decretação da falência de um dos sócios do ente não personalizado – sócio informal como se supôs – cabe refletir se a massa falida teria legitimidade para propor eventual ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, inclusive com pedido de antecipação de tutela, para determinar a indisponibilidade dos bens dos demais sócios do empreendimento comum ou, como opção, se mais produtora à massa de credores pleitear a desconsideração da personalidade jurídica (ainda que por analogia ou como defende parte doutrina, desconsideração expansiva da personalidade jurídica).

A denominada desconsideração expansiva da personalidade jurídica terá lugar quando ineficaz a técnica ortodoxa da teoria do levantamento do véu. Isto é, decidindo-se pela

²⁸⁵ Parte da doutrina posiciona-se contrariamente ao que aqui se defende. Neste sentido, confira-se: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Atlas, 2005, pág. 56.

desconsideração, haverá a comunicabilidade das obrigações, para que, no caso de patrimônio deficitário do ente coletivo, o patrimônio particular dos sócios faça frente às dívidas sociais. Entretanto, na inexistência ou insuficiência do patrimônio particular dos sócios formais, igualmente frustradas as expectativas dos credores, a não ser que os sócios formais, na verdade, sejam “testas de ferro” ou “homens de palha” que tenham “emprestado” ou consentido com o constar dos seus nomes no registro do empreendimento, mas sejam manietados ou subordinados a terceiros, sócios de fato, estes sim materialmente responsáveis pelo gerenciamento do empreendimento ruinoso. Pois bem, configurado o panorama fático acima, o que estará a depender de eventual dilação probatória, louvável expandir em relação a terceiros, que não constem como sócios formais do empreendimento, os efeitos da técnica da desconsideração.²⁸⁶

A antecipação de tutela, nos termos do art. 273, caput, e inc. I, do CPC, contextualizando-se a verossimilhança dos fatos alegados e o prejuízo iminente com o esvaziamento de eventual patrimônio indiciariamente pertencente ao empreendimento desenvolvido pelo único sócio falido (repise-se empresário individual informal por hipótese) tanto na hipótese de eventual propositura de ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, quanto naquela referente a desconsideração na sua forma expansiva seria meio hábil a preservar os direitos dos credores da sociedade em comum.

No primeiro caso (ação de conhecimento e dissolução de sociedade de fato), apesar do interesse da massa em delimitar a construção e a abrangência do patrimônio especial, isso significaria imiscuir-se na defesa de direitos dos sócios comuns, pois, paralelamente à responsabilidade solidária e ilimitada, na arrecadação de patrimônio irregularmente transferido a terceiros (não correspondentes aos sócios de fato) e que se constituísse no patrimônio de afetação e patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações pessoais, aquela norma (da responsabilidade solidária e ilimitada) não se aplicaria. Mas simples, por outro lado, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o projeto do novo CPC, pois, nesta situação, ampliando-se o escopo pragmático da teoria da desconsideração, incluíram-se no pólo passivo da execução coletiva os demais sócios de fato, sem necessidade de determinação do patrimônio comum, pois, na pendência de obrigações a quitar, o patrimônio de todos os sócios de fato poderá ser alcançado, ainda que, entre eles, caiba a discussão sobre o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato ou ação de

²⁸⁶ GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 132 e 133.

regresso diante da assunção por apenas um deles do passivo a descoberto do empreendimento comum.

Em relação às denominadas sociedades em conta de participação, a falência do sócio ostensivo acarretará a dissolução da referida sociedade, sendo que eventual saldo em favor do sócio participante deverá ser habilitado como crédito quirografário ou subordinado. Na outra hipótese, quando falido o sócio participante, ao Administrador da Massa caberá avaliar se conveniente ou não a resolução ou continuação do contrato de investimento correlato (art. 998, §§ 1º e 2º, do CC). Como se vê, em princípio, não seria de melhor técnica falar-se em desconsideração da sociedade em conta de participação. Porém, um complicador que se propõe ao intérprete é precisar a possibilidade de falência conjunta do sócio ostensivo com o participante, quando este tomar parte nos negócios que deveriam ser desenvolvidos exclusivamente pelo sócio ostensivo (art. 993, parágrafo único, do CC). Diante da solidariedade, nesta hipótese, imposta pela lei, salutar e lógico o litisconsórcio passivo anunciado.

Imagine-se, a título de ilustração, um contrato de concessão pública de gerenciamento de resíduos sólidos, em que se tenha sagrado vencedora a sociedade “A”. Tal sociedade, para dar vazão aos serviços contratados, cotiza-se com a sociedade “B”, através de uma sociedade em conta de participação. “A” sócia ostensiva e “B” sócia participante, esta com certificação tecnológica para o licenciamento, a instalação e o fornecimento de um incinerador industrial que proporcionará a extinção do lixo a ser recolhido, conforme o objeto do contrato público a ser executado pela sociedade “A”. A sociedade “B”, por sua vez, cotiza-se, em seguida, com uma terceira sociedade, “C”. “B” sócia ostensiva e “C” sócia participante (fabricante do incinerador). Nesta segunda sociedade em conta de participação, a participante se compromete a fornecer a “B” o equipamento industrial (incinerador), mediante contrato de compra e venda, mas mantém a metade da propriedade do bem.

Em perspectiva, depois de instalado o incinerador, nos termos dos contratos correspondentes às sociedades em conta de participação, “A”, ao executar o contrato público, e auferindo a remuneração mensal correlata, deveria dividir o lucro líquido com as sociedades “B” e “C”, respeitando-se, nesta ordem, o percentual de 50%, 25% e mais 25%, em relação a cada um das três sociedades, respectivamente. Porém, somente com colaboração das três sociedades “A”, “B” e “C” e que houve a instalação do incinerador e o início da prestação dos serviços contratados. Nesta hipótese, falida a sociedade “A”, mais produtora que a falência se estendesse às sociedades “B” e “C”, seja em razão da solidariedade imposta pelo parágrafo

único do art. 993, do CC, seja em razão do patrimônio especial a que faz alusão o art. 994, também do CC e, ainda, tomando-se por regra de semelhança, o parágrafo único, do art. 996, igualmente do CC, que impõe, quando presente mais de um sócio ostensivo, que “as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo”. Ora, por analogia, se os sócios participantes se imiscuíram das funções dos sócios ostensivos incorporaram tal qualidade, razão pela qual a falência conjunta dos três demonstrar-se-á, atuarialmente, mais vantajosa em relação aos credores.²⁸⁷

Excluídas as hipóteses de responsabilidade ilimitada e solidária, acima analisadas, no contexto da falência, chegada a hora de analisar eventual responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada, adiantando-se aqui a tese de que preferível à desconsideração da personalidade jurídica a ação própria trazida pelo microsistema correspondente à Lei 11101/2005, isto é, ação de responsabilização prevista no art. 82, deste diploma legal.

4.4 A ação de responsabilização

A LFRE fala em responsabilidade pessoal “dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida”²⁸⁸ a ser apurada em processo autônomo, que seguirá o rito ordinário, mas no próprio juízo falimentar. A literalidade do art. 82, da LFRE, determina que toda forma de responsabilidade pessoal de sócio de responsabilidade limitada, prevista em leis especiais, poderá ser atraída para a ação de responsabilização e, por consequência, para o juízo falimentar. O que se defende nesta dissertação é que tais responsabilidades pessoais “devam” ser atraídas para a ação de responsabilização em sede falimentar, e não “possam” ser atraídas.

Torna-se necessária uma primeira reflexão. A *vis atrativa* do juízo falimentar, em relação a tal feito, explica-se pelo imbricar dos objetos das demandas. Na falência – execução coletiva – deve-se investigar o comportamento dos sócios do ente coletivo, a fim de

²⁸⁷ Tal exemplo teve como pano de fundo o quadro fático construído nos autos 80678-9/09, 18377-9/12 e 66290-3/13 julgados conjuntamente por este Juízo na data de 08/07/2013, sentença com inteiro teor disponível pela consulta dos andamentos do referidos feitos no sítio eletrônico do TJDF.

²⁸⁸ Art. 82 da Lei 11101/2005 - A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

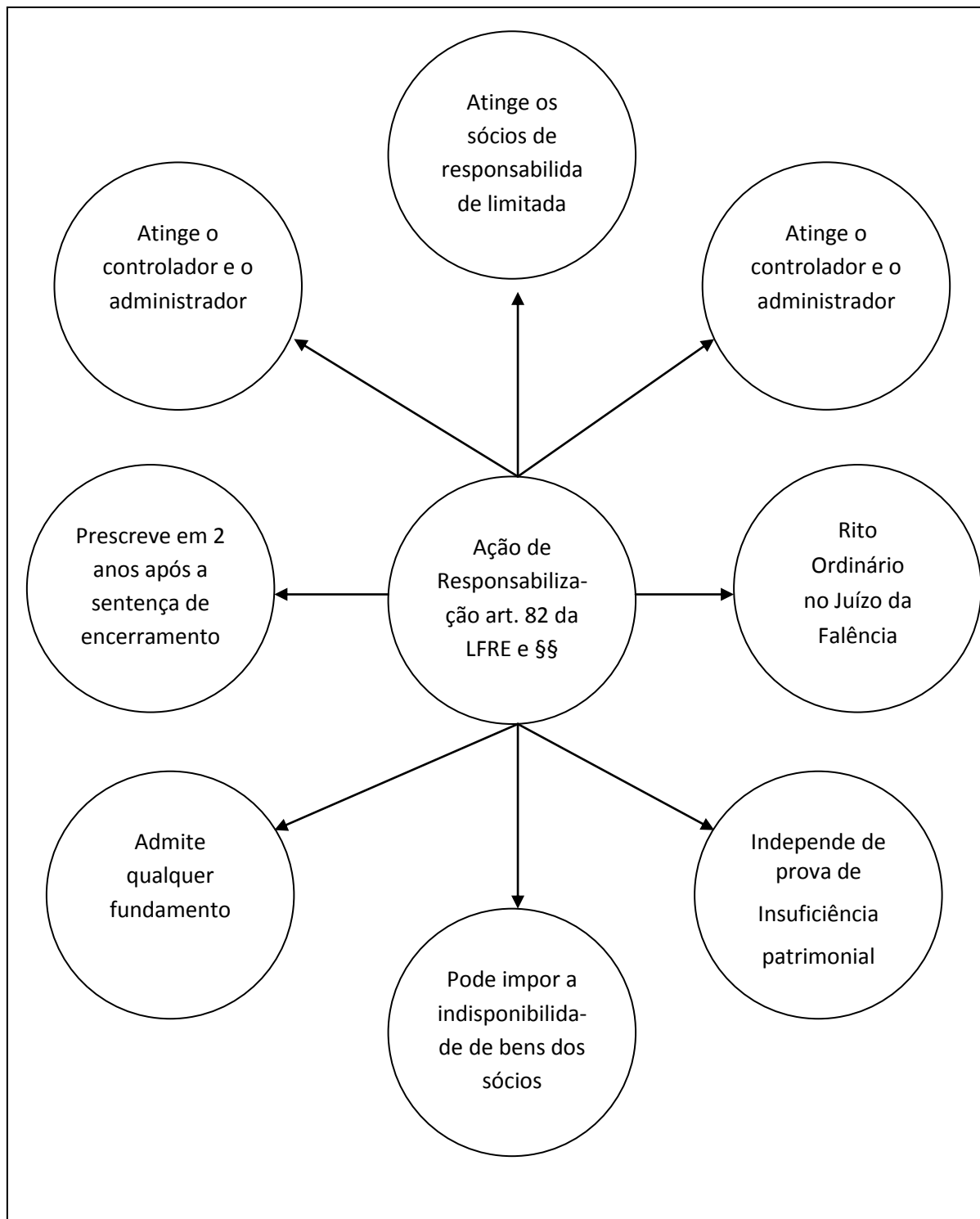
§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

contextualizar se houve inobservância (por ação ou omissão) dos deveres impostos pela legislação em geral, e pela lei de falências, em particular, aos sócios do ente coletivo que ultimou falido.

Em caso positivo, ou seja, de demonstração de eventual atuação dos sócios em descompasso com a lei, será dever do Administrador da Massa propor a competente ação (art. 22, inc. III, alínea “o”, da LFRE). Embora a lei diga que o ajuizamento de tal ação independa da realização do ativo, bem como de sua suficiência para saldar as dívidas sociais, é necessário não esquecer que a execução coletiva, expressamente, afasta a sociedade falida da administração de seus bens, na perspectiva de proporcionar a maximização dos ativos e recursos do empreendimento (art. 75, da LFRE). Vale dizer que, ao menos do ponto de vista estritamente econômico, a referida independência da ação de responsabilização poderá cair no vazio se houver a arrecadação de patrimônio do ente coletivo que seja bastante para afastar a insolvabilidade. Estando em perspectiva a mencionada hipótese, faltará interesse de agir para a ação de responsabilização. Na página seguinte, para melhor visualização dos atributos da ação de responsabilização, a figura 5.

Figura 6 - Os Principais Atributos da
Ação de Responsabilização



4.5 O viés subjetivo da Ação de Responsabilização

O art. 82 da LFRE tem correspondência com o art. 6º, do DL 7661/45 (antiga lei de falências), que faz referência ao § 1º, do art. 50, do mesmo decreto-lei, quando de sua leitura possível inferir a referida independência da ação de responsabilização, porque com o objetivo de apurar ilegalidades cometidas pelos “diretores das sociedades anônimas”, “gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, “sócios comanditários” e “sócios ocultos”, “antes de vendidos os bens da falência e apurado o ativo”, mas sempre de acordo com as hipóteses legais. Este enquadramento legal da responsabilidade de tais sócios (ontem e hoje) reclama o necessário diálogo de fontes, entre as Leis de Falências e os demais diplomas legais, bem como permitirá uma resposta imediata a indícios de má gestão ou abuso de direito que tenham redundado em prejuízo dos credores do ente coletivo.

Logo, a ação de responsabilização, ainda que independente do resultado de eventual arrecadação do ativo na falência, propõe-se como meio hábil a projetar a responsabilidade dos sócios por obrigações pendentes e imputáveis, primeiramente, em relação ao ente coletivo. É dizer, se redundarem positivas as diligências para identificação de patrimônio da pessoa jurídica declarada falida, os esforços do Administrador da Massa se dirigirão à realização do ativo e pagamento do passivo, sendo açado e contraproducente o ajuizamento de eventual ação de responsabilização. Se tal ajuizamento não puder ser qualificado como condicional, pelo menos se pode afirmar que seja relativo, até porque há a hipótese de autofalência, com a concordância de todos os sócios, o que, indiciariamente, revelará que para a insolvabilidade do ente coletivo não concorreram atos dolosos ou culposos dos membros do ente falido.

Por outro lado, a independência relativa da ação de responsabilização autoriza provimento de urgência, para antecipar os efeitos da tutela, na perspectiva de que com o provimento da ação, a consequência natural será a constrição do patrimônio dos sócios demandados para fazer frente à liquidação dos créditos habilitados e consolidados nos autos da falência. Por isso, preventivamente, demonstra-se medida salutar o requerimento do bloqueio e indisponibilidade de bens dos demandados na ação de responsabilização, antes mesmo da citação dos envolvidos. A leitura do § 2º, do art. 82, da atual Lei de Falências, destaca, inclusive, que a medida aqui comentada ocorra de ofício. A lei estabelece como limite para a indisponibilidade dos bens “quantidade compatível com o dano provocado”, sendo possível estimar referido quantum, comparando-o com o passivo a descoberto da massa

e somando-o com outros encargos incidentes durante o processamento da execução coletiva, como, por exemplo, o saldo dos honorários do Administrador Judicial²⁸⁹.

4.6 A legitimidade ad causam subsidiária do MP

Excepcionalmente, na omissão do Administrador Judicial, a ação de responsabilização poderá ser ajuizada por membro do Ministério Público. Neste particular, ainda que não haja previsão expressa a respeito na legislação, uma interpretação lógico-sistemática autoriza tal conclusão. Internamente, o microssistema proporcionado pelas normas da LFRE, por exemplo, confere legitimidade ao Ministério Público para promover ação revocatória (nos termos dos art. 130 e 132, da LFRE). Referida ação será intentada para reverter prejuízos em favor da massa de credores. Isto é, tem por objetivo a composição de patrimônio ou indenização que servirão à satisfação dos credores. De modo semelhante, na ação de responsabilização, a responsabilidade pelo passivo a descoberto poderá alcançar o patrimônio particular dos sócios condenados para, igualmente, satisfazer a gama de credores. Logo, se há coincidência de objetivo entre as duas iniciativas, não deve haver óbice ou impedimento para que o Ministério Público possa, na defesa do conjunto de credores, intentar também a ação de responsabilização.

Externamente ao microssistema mantido pela lei de falências, de se ver que o CC, em seu art. 50, ao positivar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, permite ao Ministério Público tal iniciativa. Pela teoria maior da desconsideração, na sua vertente subjetiva, percebe-se que o levantamento do véu da pessoa jurídica buscará responsabilizar pessoalmente os sócios que tenham utilizado o ente coletivo para fins ilícitos, contrários à lei, ao contrato social ou para fraudar credores, e, como comumente acontece, diante de patrimônio deficitário da pessoa jurídica. Neste contexto, mais uma vez vale lembrar o brocardo *ubi eadem ratio ibi idem jus*, ou seja, numa tradução livre, onde há identidade de razões, há de se aplicar o mesmo fundamento jurídico. Se o Ministério Público tem legitimidade para requerer a desconsideração da personalidade jurídica, para coibir a fraude e o abuso de direito, também poderá fazê-lo, pelas mesmas razões, ainda que opte por isso através do ajuizamento de eventual ação de responsabilização.

²⁸⁹ Neste particular, na ausência de arrecadação, uma vez prejudicada a estimativa dos referidos honorários pela eleição de percentual sobre o saldo da arrecadação (igual a zero), possível dimensioná-los, supletivamente, pelos parâmetros contidos no CPC, para a fixação dos honorários advocatícios.

O art. 83, inc. III, última parte, do CPC reforça a possibilidade de que o Ministério Público proponha a ação de responsabilização, tendo em vista que o objeto desta ação se entrelaça ao da ação de execução coletiva instaurada pela falência, procedimento plurissubjetivo que ultima por envolver interesse difuso, tendo em vista que gravita em torno da atividade empresarial (em crise circunstancial e ainda que atomicamente judicializada), para a qual convergem, em perspectiva, interesses do Estado-fisco, de trabalhadores ou ex-trabalhadores do empreendimento, de parceiros empresariais (fornecedores), de consumidores e, logicamente, dos empreendedores membros do ente coletivo, concomitantemente. Logo, a natureza das lides engloba o interesse público e de tal contextualização deflui a legitimidade do Ministério Público.

Uma análise do art. 82, *caput*, da LFRE, deve precisar que a responsabilidade pessoal dos sócios se conjugará ou se alcançará com a demonstração de descumprimento das normas legais pelos sócios de responsabilidade limitada. Regra geral, portanto, impõem-se a discussão e a investigação de condutas dolosas ou culposas dos sócios de responsabilidade limitada e que tenham contribuído com a ruína do ente coletivo, sendo que tais condutas se revelarão entrelaçadas com atos de administração do empreendimento, ainda que num contexto de má gestão. A desativação fática e irregular do ente coletivo denuncia um dos exemplos que têm sido encampados pela jurisprudência como suficiente para contextualizar a responsabilidade pessoal dos sócios pelo passivo a descoberto da sociedade²⁹⁰. *A contrario sensu*, a ausência de ingerência do demandado na administração da sociedade tem sido invocada como motivo suficiente para que não seja condenado em eventual ação de responsabilização.²⁹¹

4.7 O viés objetivo da Ação de Responsabilização

Por outro lado, é possível imputar-se objetivamente a responsabilidade pelo passivo pendente da sociedade a sócio não administrador, desde que haja previsão legal para tanto. Imagine-se, para exemplificar, a falência de uma administradora de consórcios que seja coligada de outras pessoas jurídicas. Como se sabe, trata-se de falência condicional, pois, precedentemente, deve ocorrer regular liquidação extrajudicial. Nesta linha de raciocínio,

²⁹⁰ STJ - Súmula nº 435 - 14/04/2010 - DJe 13/05/2010- Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

²⁹¹ STJ - Súmula nº 430 - 24/03/2010 - DJe 13/05/2010- O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

diante de passivo expressivo da Administradora de Consórcios, após regular inquérito e autorização do Banco Central, o liquidante da Administradora de Consórcios requer autofalência que ultima por ser decretada. O membro do Ministério Público, ao officiar no feito, então, para minimizar o prejuízo dos credores, propõe ação de responsabilização civil, com fundamento no art. 82, caput, da Lei de Falências, combinando referido dispositivo com a responsabilidade objetiva imposta aos sócios de empreendimentos sujeitos à liquidação extrajudicial, nos termos da Lei 5768/71, Lei 6024/74 e Lei 9447/97²⁹².

Percebe-se que o Ministério Público rememorou o princípio da especialidade, que atraiu para o procedimento de liquidação extrajudicial a Lei 6024/74 e a Lei 9447/97. Defendeu-se, no caso, o salutar diálogo entre as espécies normativas. As regras de extensão, no que diz respeito à responsabilidade objetiva em relação ao passivo a descoberto (constatado na falência), foram fundamentas na lei. Às instituições financeiras a lei impôs a responsabilidade solidária a seus controladores (art. 1º, da Lei 9447/97). Estas, em caso de regime de intervenção, estariam submetidas a regimes de administração especial e temporária, respondendo solidariamente com “os ex-administradores da instituição pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenha vínculo de controle, independentemente de dolo ou culpa” (art. 15 do DL 2321/87).²⁹³

A especificidade do objeto desenvolvido pelas Administradoras de Consórcio lança-se ao fornecimento de bens duráveis a consumidores, sendo que os valores percebidos a eles deveriam ser devolvidos em caso de impossibilidade superveniente de cumprimento dos contratos entabulados, sendo razoável a retenção daquilo que tiver sido acordado como taxa de administração. Porém, apesar de reconhecido o direito à restituição dos valores que empregaram, a falência poderá representar o amargar prejuízo considerável.

²⁹² Tal exemplo se baseou no quadro fático enfrentado na Ação de Responsabilização 2009.01.1.164502-4, ajuizada perante a Vara de Falências do DF, feito sentenciado pelo autor da presente dissertação, em 27/08/2012, cujo inteiro teor da sentença encontra-se disponível no endereço seguinte: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=296&CDNUPROC=20090111645024>

²⁹³ Eis a letra dos textos legais:

"Art. 1º. A responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecida no art. 15 do Decreto-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, aplica-se, também, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de trata a Lei 6024, de 13 de março de 1974." (Lei 9447/97)
 "Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenha vínculo de controle, independentemente de dolo ou culpa" (Decreto-lei 2321/87)

O risco da atividade empresarial passa a ser do profissional (pessoa física ou pessoa jurídica) que concatena os fatores de produção (trabalho, capital, insumos e tecnologia), com o objetivo de lucrar com os produtos ou serviços que comercialize. Se em perspectiva, poderá auferir o bônus com a atividade, em caso de sucesso do empreendimento, nada mais natural que venha a suportar o ônus de eventual insucesso. É verdade também que, por isso mesmo, salutar será mensurar o risco/custo/benefício do empreendimento, sendo de boa cautela separar o patrimônio do empreendimento (da sociedade) do patrimônio particular dos sócios. Nesse sentido, o empreendimento que se estruturar pelo tipo limitada, em princípio, uma vez integralizado o capital social, conferirá aos sócios a garantia de que seus bens particulares não poderão ser alcançados pelas obrigações pendentes da sociedade deficitária.

Tal garantia, ainda que regra geral, não é absoluta. É dizer, ainda, que no caso do exemplo aqui explanado, mesmo que os sócios não administradores não tenham contribuído para indícios de má-gestão ou as demais pessoas jurídicas, componentes do mesmo grupo econômico, por exceção, desde que por expressa disposição de lei, solidariamente, deverão responder pelo passivo a descoberto. Trata-se de responsabilidade objetiva prevista em lei especial. De se destacar, para não se perder de vista o objetivo desta dissertação, que referida responsabilização é autorizada por lei no âmbito de um processo de intervenção ou liquidação extrajudicial ou de falência, isto é, no interesse da coletividade dos credores e não para socorrer interessados particulares isoladamente.

Não bastasse legislação específica a respeito, uma interpretação lógico-sistemática, minimamente em relação aos ex-consorciados, ex-consumidores (por hipótese), sinaliza para a equidade da referida exceção. O CDC pelos vícios dos produtos e serviços (art. 18, 19 e 20 do CDC) encerra, como regra, a responsabilidade objetiva do fornecedor. Se esse fornecedor tratar-se de pessoa jurídica, plenamente possível a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, sempre que tal personalidade tornar-se obstáculo "ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores". Vale dizer, sem indícios de fraude ou confusão patrimonial, bastando tão somente a constatação de insolvabilidade, haverá responsabilidade dos sócios da pessoa jurídica, com o possível onerar do patrimônio particular dos mesmos (§ 5º, do art. 28 do CDC)²⁹⁴.

²⁹⁴ Hipótese já comentada e referenciada no item desta dissertação.

Além disso, o CC, diante da técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, abriu uma janela para encampar a responsabilidade objetiva, desde que contextualizada, no caso concreto, atividade de risco que venha a ocasionar prejuízos. Nesse sentido, basta a leitura do parágrafo único, do art. 927, do CC. Nesta linha de raciocínio, o risco da atividade não pode ser transferido aos consumidores, deixando-se em situação confortável as demais pessoas jurídicas do grupo, e físicas das sociedades, pois isso representaria uma interpretação do princípio da autonomia patrimonial como regra sacral, inabalável e sem exceções.

Ainda que a lei se refira a controladores, nomenclatura que se apoia nas normas pertinentes às sociedades anônimas, perfeitamente válida e razoável a ilação de que os sócios gerentes de sociedades limitadas se equiparem aos sócios controladores dos empreendimentos, para fins de extensão da responsabilidade pelo passivo a descoberto. Raciocínio por analogia plenamente razoável.

De se ressaltar não haver antinomia entre a responsabilidade objetiva encartada no art. 15 do DL 2321/87²⁹⁵ e os dispositivos constantes dos art. 39 e 40, da Lei 6024/74²⁹⁶. É bem verdade haver celeuma e dissenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre a natureza da responsabilidade dos administradores nos dispositivos mencionados. Divergem subjetivistas e objetivistas a respeito do tema. Para os primeiros, ambos os artigos (39 e 40) encerrariam hipóteses de responsabilidade subjetiva, ainda que no caso do art. 39 se tenha a percepção de que se trata de responsabilidade extracontratual e no art. 40, responsabilidade contratual com presunção relativa de culpa²⁹⁷.

²⁹⁵ "Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa.

1º Há vínculo de controle quando, alternativa ou cumulativamente, a instituição e as pessoas jurídicas mencionadas neste artigo estão sob controle comum; quando sejam, entre si, controladoras ou controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da instituição.

2º A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data base o dia da decretação do regime de que trata este decreto-lei."

²⁹⁶ "Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido. Art. 40. Os administradores de instituições financeiras responderão solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante e dos prejuízos causados."

²⁹⁷ WALD, Arnoldo & FARIA, Werter. *A Culpa e o Risco como Fundamentos da Responsabilidade Pessoal do Diretor do Banco*. In Revista de Direito Mercantil, v. 24, pág. 36.

Para os objetivistas, todavia, a hipótese de responsabilidade subjetiva dos administradores se restringe ao descrito no art. 39, pois a responsabilidade descrita no art. 40 corresponde a exemplo de responsabilidade objetiva²⁹⁸. Criticável a visão subjetivista, pois torna vazia de sentido a disposição legal concernente ao art. 40, que ultima por dizer o óbvio, isto é, por tal interpretação, o administrador que aja de acordo com os seus deveres não merece responsabilidade subsidiária pelos prejuízos causados em razão do empreendimento. Entretanto, a vontade da pessoa jurídica não é psicológica; é funcional e se exterioriza exatamente pelas ações de seus administradores. Logo, pela teoria do risco da atividade²⁹⁹, o passivo a descoberto que foi resultado de um conjunto de atos concatenados, sequenciais, deve sim alcançar o patrimônio do administrador, pois, do contrário, os credores seriam prejudicados e obrigados a uma longa e difícil discussão sobre o demonstrar da culpa do administrador.

O apelo das instituições financeiras, em geral, e das Administradoras de Consórcio, em particular, à economia popular justifica um recrudescimento em relação à responsabilidade de seus administradores. De todo modo, destaque-se a excepcionalidade da eleição da responsabilidade objetiva para o setor³⁰⁰, pois o regime geral impõe a responsabilidade dos administradores por atos de gestão contrários ao contrato social, estatuto do empreendimento ou da lei, apuráveis tendo em conta a necessidade de demonstração de conduta dolosa ou culposa dos referidos administradores.

Tendo em vista a responsabilidade pelo passivo a descoberto de Administradoras de Consórcio, liquidadas extrajudicialmente e depois declaradas falidas, conciliáveis o art. 15 do DL 2321/87 e o art. 40, *caput*, e seu parágrafo único, da Lei 6024/74, normas jurídicas que tratam de responsabilidade objetiva e que será imputada aos sócios do empreendimento, bem como em relação a seus administradores, mesmo que não sócios do empreendimento.

²⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto entende que o fundamento da responsabilidade objetiva das instituições financeiras tem por fundamento a teoria do risco criado. *Responsabilidade Civil dos Administradores das Companhias Abertas*. In Revista de Direito Mercantil, v. 49, pág. 19-20.

²⁹⁹ TOLEDO, Paulo Campos Salles de. *Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras: Alguns Aspectos Polêmicos*. In Revista de Direito Mercantil, v. 60, pág. 24-38.

³⁰⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Responsabilidade Civil Especial nas Instituições Financeiras e nos Consórcios em Liquidação Extrajudicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pág. 86-87.

O art. 82, *caput*, da LFRE, ao especificar que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada será apurada nos termos de outras leis, ultimou por açambarcar hipóteses de responsabilidade subjetiva e objetiva, ainda que eventual responsabilidade objetiva seja considerada uma exceção. Logo, não basta a mera insolvabilidade do ente coletivo, para que se imponham aos sócios de responsabilidade limitada o sacrifício de suas posses particulares. É dizer, quando não tomarem parte da administração do empreendimento, salvo exceções, não serão condenados em eventual ação de responsabilização.

A pretensão da massa em se ver indenizada através da constrição de bens dos sócios do empreendimento através da ação de responsabilização tem também um limite temporal, nos termos do § 1º, do art. 82, da LFRE, qual seja: o prazo prescricional de 02 (dois) anos a contar do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Tal norma demonstra-se compatível com a ideia de que os objetos da execução coletiva e da ação de responsabilização estão essencialmente entrelaçados.

Uma vez encerrada a falência (ainda que a lei não diga isso expressamente), objetivamente, não há sentido em se cogitar do ajuizamento de ação de responsabilização, a não ser para que se complemente o saldo pendente e relacionado ao pagamento dos credores. Porém, deve haver justa causa para a propositura de tal ação. É dizer, regra geral, sem a contextualização de indícios de má gestão, fraude ou abuso de poder, a ação de responsabilização não deve ser ajuizada. Logo, se durante o processamento da execução coletiva não forem produzidos indícios hábeis a conformar a ventilada justa causa, depois de encerrada a falência, salutar que tal investigação não venha a se prolongar indefinidamente, preocupação que restou positivada ou se traduziu na previsão do referido prazo prescricional.

4.8 Uma Análise Sociológica da Desconsideração da personalidade jurídica

O enunciado da norma jurídica, de per se, não traduz sua efetividade ou de sua eficiência. Considerando-se a insuficiência do sistema normativo, é, minimamente recomendável, senão imprescindível, buscar o diálogo com outros saberes para investigar ou “compreender como as normas jurídicas se expressam efetivamente, isto é, enquanto experiência humana, com resultados que, não raro, se mostram bem diversos do que o esperado pelo legislador”³⁰¹. A Sociologia ou, mais especificamente, a Sociologia Aplicada ao Direito - a Sociologia Jurídica - será capaz de prever e explicar sobre a efetividade da norma jurídica no plano social, diante da constatação de que seu objeto engloba a “estrutura e a funcionalidade” do fato social sobre o qual, indissociavelmente, deverá dirigir-se a norma jurídica.³⁰²

Tal tarefa, portanto, não poderá destacar-se da crítica voltada à construção ou aperfeiçoamento de um sistema jurídico capaz de melhorar o ambiente social. Para tanto, é importante considerar a influência que exercem os valores econômicos, artísticos, e religiosos, dentre outros.³⁰³ Pontualmente, no que diz respeito à Economia e sua interação com o Direito, de se ver que tais ciências se mantêm irmanadas, como sistemas interdependentes, pois o objeto de estudo da Economia, relacionado diretamente à produção de bens e serviços indispensáveis à vida em coletividade, necessariamente também conformará campo de investigação e regulação pelo Direito. Miguel Reale rememora a máxima *primo vivere deinde philosophari*³⁰⁴, ou seja, “antes viver, depois filosofar”, para destacar a importância, a urgência e a precedência no atendimento “das necessidades ligadas à nossa estrutura corpórea”. Isto quer dizer que deve haver correspondência entre a legislação (ideal, conceitual) e a efetivação das necessidades básicas do indivíduo (proteção, materialização, concreção de direitos fundamentais), o que satisfatoriamente se alcançará com uma Análise Econômica do Direito.

³⁰¹ GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Sociologia e Direito. In: ____ *Vade Mecum Humanístico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 444.

³⁰² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 19.

³⁰³ Idem, pág. 20-22.

³⁰⁴ Ibidem, pág. 20.

4.8.1 A Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann e a crise de função decorrente da Técnica da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Dentre as teorias desenvolvidas pela Sociologia do Direito destacam-se, na atualidade, a Sistêmica de Niklas Luhmann³⁰⁵, a Discursiva de Jürgen Habermas³⁰⁶ e a Crítica de Boaventura de Souza Santos³⁰⁷. De acordo com a teoria dos sistemas, tem-se como basilar a identificação dos conceitos de sistema e meio ambiente. A sociedade (global) corresponderia a um conglomerado de subsistemas funcionais e não meramente de seres humanos. A comunicação possível e necessária entre os variados subsistemas (direito, economia, arte, religião, como exemplos) seria a marca fundamental desta sociedade. Abandona-se a ideia de sistema como tendo origem na diferenciação entre todo/parte, para enxergá-la como decorrente do binômio sistema/meio ambiente. A explicação da sociedade como conjunto de seres humanos com características díspares sai de cena, para dar lugar ao pertencimento dos seres humanos a círculos de relações sociais setoriais.³⁰⁸ A este novo paradigma opõe-se a teoria tradicional que se apoiou em parâmetros de baixo critério para delimitação do conceito de sociedade, tais como “estratificação por inspiração econômica (nobre/plebeu); segmentária por indicativos sociais (homem/mulher); e territorial por divisão geográfica (centro/periferia)”.³⁰⁹

Na perspectiva de Niklas Luhmann, o sistema jurídico se demonstrará funcionalmente positivo, quando for capaz de satisfazer as legítimas expectativas normativas e cognitivas. Para tanto, internamente, deverá haver a reformulação do sistema quando se distanciar de tais legítimas expectativas, tornando-se autorreferencial. Há que se buscar uma filtragem conceitual permanente, para identificar o direito do não direito, o que redundará na autoconstituição do sistema jurídico, permeando-se pela reprodução permanente. Assim, o que não corresponder ao sistema, o que lhe for alheio, corresponderá a algo que lhe é entorno

³⁰⁵ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Op. cit., pág. 467-468.

³⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Cátedra, 1987.

³⁰⁷ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Op. cit., loc. cit.

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=mfx7SwHpMUoC&pg=PA3&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false

Acesso em 08/08/2013, às 12:00.

³⁰⁹ ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosh, 1993, pág. 48.

ou meio ambiente. Meio ambiente que, por isso, impregna-se de autonomia.³¹⁰ Mas meio ambiente que há de interferir num determinado sistema posto (como o jurídico), impondo “provocações (irritações)”, quando o sistema jurídico deverá “processá-las através de ‘portas de entrada’ chamadas de códigos binários, e, a partir, daí, operar o resultado mediante seus métodos específicos, sem a necessidade de utilização de remédios hauridos de outros sistemas”.³¹¹

É como se o sistema jurídico internalizasse as contribuições de outros sistemas através da necessidade contínua da ciência jurídica dialogar com outros saberes, sendo que essa interação se opera basicamente através da comunicação. As normas jurídicas ou o trato jurídico se impõe, na pós-modernidade, não somente pela hierarquia de uma norma hipotética superior editada e eventualmente atualizada com exclusividade pela atividade legislativa, mas também pela democracia, quando se percebe que, paralelamente, ao Estado (leia-se Estado-Poder Legislativo), outros entes sociais (empresas, agências reguladoras, sindicatos, associações, etc.) se apresentam como legítimos para pautar e exigir inovações no ordenamento jurídico, apostando-se, inclusive, numa possível autorregulação, o que corrobora a ideia de um salutar pluralismo jurídico e participação democrática.

A teoria de Niklas Luhmann buscou a nomenclatura da Biologia para explicar a autorreprodução dos sistemas sociais. Os “sistemas celulares possuem, internamente, todos os elementos necessários para o desempenho de suas funções fundamentais, inclusive a autorreprodução”³¹² Trata-se de um sistema que se autopreserva, sem, contudo ser autossuficiente, exatamente por necessitar do meio ambiente, revelando-se como um sistema fechado, autorreferencial, ou, “conforme a terminologia depois consagrada, um sistema autopoietico”.³¹³ Afirma-se que os subsistemas sociais funcionais são autônomos, pois “são sempre autorreferenciais, ou seja, produzem e reproduzem a si próprios”³¹⁴ pela comunicação. A crise do denominado Estado de Bem Estar Social pode ser pensada como uma insuficiência

³¹⁰ “A visão luhmaniana da sociedade desloca-a para a função de comunicar e não para a figura humana. Portanto, aquilo que não é sistema é ambiente. É justamente nisso que reside a importância de seu raciocínio, porque, ao separar o homem do sistema e colocá-lo junto ao ambiente, acaba por lhe conferir a grandeza da autonomia, visto que o sistema não pode determinar o ambiente e isso, de consequência, vai incrementar os processos de liberdade contratual, autonomia privada e confiança no pós-positivismo”. Eis a interpretação de MARTINS, Fernando Rodrigues. O Contrato entre Luhmann e Habermas. In ____ *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, Ano 20, v. 77, jan.-mar./2011.

³¹¹ Idem, pág. 60.

³¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 73.

³¹³ Idem.

³¹⁴ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Op. cit., pág. 470.

de comunicação do sistema jurídico para suprir a regulação das relações sociais, também “normatizadas” pelos “subsistemas familiar, educacional e econômico, por exemplo”.³¹⁵

O sistema jurídico, apesar de sua autonomia, em tempos de Globalização, evidentemente, para manter-se funcional e eficiente, deve incrementar sua interdependência em relação ao ambiente externo, mantendo-se “sempre aberto aos influxos e requisições que a economia e a política, por exemplo, lhe apresentam”.³¹⁶ Em conclusão parcial, possível inferir que se apresenta como tendência a Análise Econômica do Direito (quando de sua formação, durante o processo legislativo), bem como a interpretação do Direito com apoio na Economia (quando de sua aplicação, principalmente durante a atividade jurisdicional).

A técnica da desconconsideração da personalidade jurídica, que, no caso brasileiro, há de se operacionalizar judicialmente, demonstra-se economicamente ineficiente, pois, ao proteger pontualmente determinado credor, poderá contribuir para a desagregação de todo o empreendimento, em prejuízo de outros agentes econômicos dependentes do ente coletivo. Cogite-se, por exemplo, da indenização a um credor-consumidor, em sede de execução singular, que se tenha tornado possível depois da desconconsideração da personalidade jurídica em relação a um fornecedor pessoa jurídica, reduzindo-se com isso à insolvência os sócios do empreendimento, mesmo aqueles que não detinham poderes de administração. Nesta hipótese, deve-se explicitar se houve a contextualização da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica pelo viés subjetivo ou meramente objetivo.

No primeiro caso (teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica), ainda que eventualmente indenizado um hipossuficiente, há a possibilidade de que outros credores-consumidores sejam alijados da possibilidade de também serem indenizados. A injustiça da decisão refletirá igualmente sobre os empreendedores que confiaram num limite de responsabilidade, que lhes teria sido garantido pela lei. Não se pode deixar de considerar a ausência de patrimônio, pós-desconconsideração da personalidade jurídica e atos consequentes, o que poderá frustrar, ainda, a pretensão dos colaboradores subordinados do empreendimento (empregados) de eventualmente requererem indenização do ente coletivo.

No segundo caso (teoria maior da desconconsideração da personalidade jurídica), os custos sociais de tal decisão serão os mesmos, à exceção da preservação do patrimônio

³¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes, op. cit, loc. cit.

³¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Teoria do direito e globalização econômica. O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 147.

particular de sócios meramente investidores, destacando-se, porém, que, apesar de teoricamente possível argumentar-se como fundamento para eventual pedido de levantamento do véu corporativo o art. 28, *caput*, do CDC, logicamente, preferível à teoria maior a opção pela teoria menor, que assim se apresenta como verdadeiro direito potestativo, nos termos do § 5º, do mesmo art. 28 ora mencionado.

Os critérios de eficiência – como o de Pareto – fazem-se distantes de tal decisão. Egoísticamente, tal decisão privilegiará e melhorará a posição de um dos credores, em detrimento dos demais. Apesar disso, não haverá a internalização de externalidades negativas. Não haverá a preocupação com a preservação do empreendimento. Não existirá compromisso com a socialização dos riscos entre credores reunidos numa mesma classe, sendo que o medrar de expectativas se demonstra patente e, em vez de pacificação social, perceber-se-á uma litigiosidade contida e derivada da insolvabilidade contextualizada, com a probabilidade de que os prejudicados exerçam seu direito de ação ou mesmo que qualquer deles se predisponha a deflagrar o processo de falência do ente coletivo, porém com ínfimas chances de sucesso.

4.8.2 A Teoria Discursiva do Direito de Jüngen Habermas a referendar um Processo Civil não Destrutivo

A Teoria Discursiva do Direito (de autoria de Jüngen Habermas³¹⁷) se apoia, a exemplo da Teoria dos Sistemas – na comunicação, para dar estabilidade, segurança e legitimidade às normas jurídicas que se estabelecem através do denominado direito positivo. A comunicação dirigida ao consenso, para a tomada de decisões e ao implemento de uma ação social responsável de governantes e governados, de instituições estatais e da sociedade civil organizada, de empreendedores e de seus colaboradores subordinados (trabalhadores), de fornecedores e consumidores, dentre outros, mas sempre uma comunicação, intrínseca e racionalmente, pautada pela moral como meio de mensuração da justiça. Uma moral universal mensurável pelo consenso relativizado e que se tem exteriorizado pela proclamação e proteção de direitos fundamentais.³¹⁸

Tal perspectiva se avizinha capaz de trazer resultados positivos também no contexto de conflitos a serem solucionados pelo Poder Judiciário. O que se está a ponderar é que, antes de uma decisão unilateral (função do Estado-Juiz, que exerce sua competência nos limites da lei, obrigado, regra geral, a fundamentar suas decisões, valorando, contextualizando e necessariamente cômico das repercussões sociais e econômicas de seu ofício), demonstrar-se-á produtora eventual conciliação, porque mais célere e menos onerosa, nos termos da Teoria Discursiva do Direito, que apregoa a “identificação e reconstrução das condições gerais de consensos ou de entendimentos possíveis”; por isso, “a importância do discurso como instrumental apto ao desenvolvimento futuro”³¹⁹.

A técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que indiretamente, não favorece uma solução negociada, sobretudo quando possível a aplicação da teoria menor, pois se imporá – repise-se – como verdadeiro direito potestativo. Instaurado o conflito e institucionalizado judicialmente, em vez de consenso, natural o dissenso, sendo que os discursos não convergirão. A técnica referida poderá, inclusive, entrincheirar os oponentes,

³¹⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues, op. cit., pág. 68-74.

³¹⁸ AMADO, Juan Antonio García. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 27.

³¹⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues, op. cit., pág. 71.

principalmente tendo em perspectiva os sócios investidores que não tenham contribuído para a administração do negócio, apesar dos prejuízos de eventual consumidor do ente coletivo. O processo, caracteristicamente adversarial, demonstrar-se-á destrutivo³²⁰, com tendência “ao esmaecimento da relação social preexistente” (no caso relação de consumo), relação necessária e indispensável à vida em coletividade.

É dizer, o fornecedor, ao menos teoricamente, estruturado com pessoa jurídica, uma vez superada a crise circunstancial, poderia dar continuidade à vocação de fornecer bens e/ou prestar serviços, função social relevante, projetando-se como interesse difuso. O foco, entretanto, em processo que se decida pela desconsideração da personalidade jurídica, não corresponderá a uma preocupação social com o soerguimento do empreendimento, para evitar prejuízos coletivos, mas sim o individualismo dicotômico a projetar o binômio perde-ganha. Zamorra Y Castillo argumenta que a litigiosidade não arrefecida, mas potencializada durante o processo judicial resulta em processos longos e custosos.³²¹

Um dos problemas cruciais da Economia – a escassez de recursos – ultima no processo judicial potencializado. O cognominado incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá apurar a técnica, pois se instaurarão o contraditório e a ampla defesa, conforme se depreende do anteprojeto do novo CPC já consolidado, a evitar decisões açodadas. Porém, referido incidente não contribuirá para o fortalecimento da relação social preexistente à disputa. A desconsideração da personalidade jurídica continuará como externalidade negativa, a afastar eventuais investidores, tendo em vista que sua aplicação anula o princípio da autonomia patrimonial.

4.8.3 A crítica de Boaventura de Sousa Santos e a Lei de Falências como Microsistema de Direito

Para Boaventura de Sousa Santos, na pós-modernidade, há uma crise científica. A ciência se transformou em serviçal do capital. Moldou-se ou está atrelada e se desenvolve para afirmar o capitalismo ou, minimamente, mitigar as mazelas de tal sistema produtivo. Afirma que se opõem o conhecimento regulador hegemônico e o conhecimento

³²⁰ DEUSTCH, Morton. *A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos*. New Raven (CT) Yale University Press, 1977 - traduzido e parcialmente publicado em AZEVEDO, André Gomma de (Org.) Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

³²¹ ZAMORRA Y CASTILLO. *Processo, autocomposição e autodefesa*. Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional do México, 1991, pág. 238.

emancipação.³²² Propõe que haja um movimento contra hegemônico e um repensar da cidadania e do direito, com vistas à inclusão social.³²³ Entende que o sistema jurídico ocidental, refém da ideologia advinda do capitalismo, demonstra-se até simplista, baseado que está na perspectiva de uma sociedade civil, que, ao respeitar as regras de mercado, demonstrar-se-á funcional e florescerá. Em tal sistema, as necessidades jurídicas e judiciais se concentram em “baixar os custos das transações, definir com clareza e defender os direitos de propriedade, fazer aplicar as obrigações contratuais, e instruir um quadro jurídico minimalista”.³²⁴ Não se opõe à regulação do mercado pelo direito, mas sim a uma mercantilização do ser humano, ao salientar que “a estabilidade referida pelo consenso neoliberal é sempre a estabilidade das expectativas do mercado e dos investimentos, nunca a das expectativas do povo trabalhador”.³²⁵

A técnica da desconsideração da personalidade jurídica, se aplicada sem critério, automaticamente, e não subsidiária e excepcionalmente, como a doutrina recomenda, enfraquecerá o mercado, bem como recrudescerá problemas sociais, como o desemprego, provocando distorções de difícil reversão. Ainda que ponderáveis as razões de Boaventura de Souza Santos, a atividade empresarial tem caráter social relevante. É interesse difuso, sendo que sua preservação, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, é princípio basilar do microsistema inscrito na LFRE. Os juízes e tribunais, ao se depararem com pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, ainda que sejam chamados para decidir conflitos concretos, pontuais, estarão a validar ou a desprezar o modelo constitucional que afirma a escolha de um sistema capitalista, mas um sistema capitalista que seja hábil a produzir justiça social. A desconsideração da personalidade jurídica multifacetada em hipóteses legais a favorecer a credores específicos transforma um interesse difuso em interesse particular, subvertendo o princípio da autonomia patrimonial e desfavorecendo a atividade empresarial.³²⁶

³²²GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Op. cit., pág. 473.

³²³SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá o direito ser emancipatório?* In Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 65, maio de 2003, pág. 3-76. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF.

Acesso em 12/08/2013, às 20:00.

³²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., loc. cit.

³²⁵ Idem.

O Conselho da Justiça Federal, ao final da 1ª Jornada de Direito Empresarial (enunciado 9)³²⁷, ultimou por recomendar, pelo menos entre empresários, a necessidade de um cuidado maior ao se aplicar a técnica da desconsideração do véu societário. Trata-se de uma aplicação não linear da referida técnica, mais restritiva nos casos de credores voluntários vis a vis (responsabilidade contratual) em comparação com os credores não voluntários (responsabilidade extracontratual). No primeiro caso, os credores voluntários poderiam prevenir-se de eventual insolvabilidade do parceiro empresarial, resguardando os negócios efetuados com garantias, sopesando e precavendo-se dos riscos de eventual inadimplência.³²⁸ A desconsideração da personalidade jurídica pelo viés objetivo, entre sociedades empresárias, conformaria um desequilíbrio entre parceiros empresariais. O risco inerente à atividade empresarial deve ser pulverizado. O efeito de tal pulverização relaciona-se a diminuição de custos. O insucesso em perspectiva com a insolvência do ente coletivo deve ser encarado com naturalidade. Olvidar tal tendência com uma aplicação desmensurada da técnica da desconsideração, de forma objetiva entre empresários, qualificará a decisão judicial correlata como economicamente ineficiente.

³²⁷ “Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT.” (CJF) Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>. Acesso em 20/08/2013, às 12:00.

³²⁸ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pág. 118-122.

4.9 Desconsideração da personalidade jurídica: decisão ineficiente.

A desconsideração da personalidade jurídica poderá, em perspectiva, ocasionar a desestruturação do empreendimento. Assim, em princípio, de se destacar sua aplicação excepcional ou residual. Para o credor e exequente, em sede de execução singular, em caso de frustração do procedimento, possível ao credor, em vez de eventual pedido de desconsideração da personalidade jurídica do ente coletivo, valer-se de pedido posterior de falência. A hipótese se revela plenamente viável, diante do disposto no art. 94, inc. II, da LFRE.

Defensável, ainda, que antes mesmo da eleição de pedido de execução singular (desde que superado o limite legal, art. 94, inc. I, da Lei LFRE), haja a opção pela execução coletiva, bastando, para isto, o protesto de título executivo cujo valor supere quarenta salários mínimos. Pela Análise Econômica do Direito, se é recomendável diminuir os custos inerentes à demanda judicial, parece que se tornará mais persuasivo o pedido de quebra, em vez de eventual execução singular, diante das consequências drásticas do decreto de quebra.

Frise-se que se trata de opção legal, não se podendo obstaculizar o prosseguimento do feito falimentar, sob a alegação de que a execução coletiva não deve ser confundida com ação de cobrança. Tal interpretação restritiva se demonstra, economicamente, mais onerosa para o credor, que deverá se sujeitar aos percalços de uma execução frustrada (a aos custos de tal opção), como condição para posterior pedido de falência. Tal interpretação, porém, não encontra amparo legal. Logo, a opção pelo microssistema encartado na Lei LFRE deverá ser estratégia jurídica a ser analisada pelo patrono do credor do ente coletivo.³²⁹

4.9.1 O depósito elisivo e a possibilidade de audiência de conciliação na fase pré-falimentar

Perceba-se que antes da decretação da quebra, faculta-se ao devedor o depósito elisivo (par. único, do art. 98, da LFRE). Em tal hipótese, poderá o devedor, para evitar os graves

³²⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo referenda tal entendimento, intuindo-se tal assertiva da leitura dos enunciados das Súmulas 42, 44 e 47 daquela corte: “Súmula 42: A possibilidade de execução singular do título executivo não impede a opção do credor pelo pedido de falência. (...) Súmula 44: A pluralidade de credores não constitui pressuposto da falência. (...) Súmula 47: O credor não comerciante pode pedir a quebra do devedor.” Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em 12/08/2013, às 13:00.

efeitos da falência, predispor-se a saldar a dívida com o credor requerente da quebra, sendo que tal depósito deverá açambarcar o principal, correção monetária e juros, bem como custas e honorários advocatícios.³³⁰ Em prol da continuação ou preservação do empreendimento, entretanto, a jurisprudência tem flexibilizado o prazo para se efetuar o referido depósito³³¹, bem como admitido o depósito parcial³³². Nestas circunstâncias, a discussão se afastará da presunção de insolvência, deslocando-se para a legitimidade do crédito.³³³

De acordo com a Análise Econômica do Direito, os custos sociais de uma eventual decretação da falência, apesar de depósito elisivo extemporâneo ou tardio, superam em muito eventual prejuízo do requerente da quebra. Basta lembrar que a decretação da falência poderá envolver a lacração do estabelecimento empresarial (art. 99, inc. XI, da LFRE), o que significará a desativação fática do empreendimento, com reflexos quase que irreversíveis em relação à clientela, bem como a cessação do emprego para os colaboradores subordinados (empregados).

A decretação da falência também deve ser evitada, tendo em vista que os representantes do ente coletivo (com o decreto falimentar) perderão a administração do empreendimento, frustrando-se eventual soerguimento da atividade, por esforço dos empreendedores, descaracterizando-a como fonte produtora de emprego e renda, como expressamente se salienta no art. 47 da LFRE. É dizer, uma interpretação lógico-sistemática da lei de falências se impõe e afastará a literalidade da lei, quando isso significar a não observância do princípio da preservação da empresa.

³³⁰ A literalidade do parágrafo único do art. 98, da atual LFRE corroborou o entendimento jurisprudencial consolidado ainda na vigência do DL 7661/45, através do enunciado sumular 29, do STJ. Compare-se: “Súmula 29. No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários advocatícios.”. Disponível em: http://www.stj.gov.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 12/08/2013, às 13:00. “Art. 98 (omissis) Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do *caput* do art. 94 desta LFRE, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 12/08/2013, às 13:00.

³³¹ Cf. TJSP. AGI 0041460-50.2012.8.26.0000, 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Roberto Mac Cracken. Julgado em 06/11/2012. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6347900&v1Captcha=Zrqac>. Acesso em 12/08/2013, às 14:00.

³³² Cf. STJ, REsp 604435 / SP, 3a. Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01/02/2006, pág. 530.

³³³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial (Falência e Recuperação de Empresas)*. V. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 328.

O empreendimento, como resultado da concatenação dos usuais meios de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia), é estrutura organizada, de existência objetiva, que serve não somente para se alcançarem os fins desejados pela pessoa jurídica, mas também será relevante sua manutenção para outros sujeitos. É dizer, deve-se enxergar o empreendimento como funcionalmente importante, dotado de uma função social, o que torna preferível, em caso de sociedades empresárias em crise, no lugar de medidas que desestruturem o empreendimento como eventual pedido de desconconsideração da personalidade jurídica ou decretação pura e simples da falência, outras medidas que possibilitem o soerguimento do empreendimento.³³⁴

Criticável, neste contexto, o enunciado da Súmula 46³³⁵ do TJSP, do qual se infere a inviabilidade da realização de eventual audiência de conciliação, na fase que antecede a decretação da falência, pois ainda que não haja a previsão expressa de audiência de conciliação após a citação do ente coletivo (nos termos do rito falimentar), não se pode deixar de observar a viabilidade de tal alternativa, seja do ponto de vista normativo, com o salutar diálogo de fontes (com a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC, nos termos do art. 189, da LFRE c/c art. 125, inc. II e IV, do CPC, seja na perspectiva da AED ao Processo Judicial, pois, ao se incentivar e promover eventual conciliação, conseguindo-se com isto o levantamento da falência, em vez de um processo judicial destrutivo, mais uma vez restará prestigiado o princípio da preservação da empresa, sendo que o objetivo de “otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” – art. 75, *caput*, da LFRE - far-se-á sem a intervenção do Poder Judiciário.

Na audiência de conciliação poderão as partes, na perspectiva de minorar as perdas econômicas já experimentadas, optar pela autocomposição. Intuitivamente, se os julgamentos são onerosos e, na falência em particular haverá o próprio desmantelamento do empreendimento, com prejuízos sociais, seria até irracional do ponto de vista da Análise Econômica do Direito não buscar uma solução negociada e que possibilitasse o abreviar do conflito de interesses, antes da decretação da quebra.³³⁶

³³⁴ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa (Atividade Empresária e Mercados)*. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 127.

³³⁵ Súmula 46. A lei falimentar, por especial, possui todo o regramento do pedido e processo de falência, e nela não se prevê a designação de audiência de conciliação. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em 12/08/2013, às 13:00.

³³⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 421.

A litigiosidade, entretanto, permanece diante das expectativas díspares das partes, cada qual valorando atuarialmente o julgamento. O requerente da quebra acredita na possibilidade do depósito elisivo – hipótese que lhe é mais favorável –, enquanto o ente coletivo, sobre o qual pesa a declaração da quebra, crê na possibilidade de improcedência do pedido, podendo utilizar-se de eventual defesa indireta para tanto – como a alegação de impropriedade da via eleita ou defeito de protesto como exemplos – para ao menos ganhar tempo e quem sabe conseguir levantar numerário suficiente a saldar a dívida. Este otimismo unilateral quanto à sentença que será prolatada dificulta a realização de acordos extrajudiciais.³³⁷

As estratégias tomadas pelas partes tenderão a modificar-se, porém, a depender da variação do grau de assimetria das informações de que disponham. Isto é, se o requerente da quebra vier a ser informado da impossibilidade de que o requerido efetue o depósito elisivo em sua totalidade, diante da ausência de liquidez do devedor, talvez pareça vantajoso a ambos um acordo no sentido da novação da dívida, sendo que a homologação de tal acordo pelo Juízo se demonstrará satisfatória às partes, evitando-se o custo altíssimo do processo falimentar (inclusive do ponto de vista social), comparando-o à eventual necessidade de execução do acordo homologado. Sem a audiência de conciliação, todavia, frustrada restará a via do acordo, pois inalterada a assimetria das informações. Em perspectiva, a situação patrimonial deficitária do ente coletivo seria má notícia gratuita a recomendar a solução negociada.³³⁸

4.9.2 A Cooperação Comunicativa e a Teoria da Escolha Racional

Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a eficiência do acordo homologado seria explicável pela Teoria dos Jogos, a pensar no processo judicial como um jogo, no qual possível estimar como as partes – os jogadores – fazem suas escolhas em situações de interação estratégica.³³⁹ Escolhas racionais e, às vezes, coincidentes, quando a condescendência, em vez da unilateralidade, seja capaz de construir a solução economicamente menos onerosa e, igualmente, vantajosa a ambas as partes. De acordo com a Teoria da Escolha Racional, como ponto de partida, primeiro será necessária uma categorização das preferências dos jogadores. Para tanto, imprescindível relacionar tais preferências. Há que se buscar uma relação de pertinência entre as escolhas a serem

³³⁷ Idem, pág. 422.

³³⁸ Idem, pág. 423.

³³⁹ FIANI, Ronaldo. Op. cit., pág. 23.

analisadas. Imagine-se no contexto do MERCOSUL, o subconjunto formado pelos países que tenham optado pela regulação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, seja através de cláusulas gerais, seja pontualmente através da legislação específica. Tal conjunto poderia ser representado pelo seguinte subconjunto $R=\{(Argentina, Brasil, Uruguai)\}$, estabelecendo-se, portanto, uma relação em que o primeiro elemento do par ordenado em relação ao segundo, do tipo “x” e “y”, podendo-se afirmar que o número de hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica positivadas por “x” é maior que aquelas legisladas por “y”, ou esquematicamente: $xRy = x > y$ (x maior que y).³⁴⁰

De modo semelhante, possível estabelecer, em vez de uma relação em que se comparem grandezas, uma relação de preferência entre variáveis “x” e “y” que se representará:

$$\begin{array}{ccc} x & > & y \\ & \sim & \end{array}$$

Deve-se ler: x “ao menos tão bom quanto” y. A título de ilustração, possível supor um conjunto E que reúna as opções de um estudante universitário. Se analisadas duas opções quaisquer “a” e “b” pertencentes a E (por exemplo, estudar Direito, estudar Economia), constatar-se verdadeira a relação.

$$\begin{array}{ccc} a & > & b \\ & \sim & \end{array}$$

Isso significará que para o referido estudante, a opção “a” (estudar Direito) é tão boa quanto a “b” (estudar Economia). Tais opções não são excludentes, convivem, mas não se superam. Por outro lado, desta relação de preferência, possível a derivação de duas outras relações binárias. A de preferência estrita (do tipo $x > y$) e a de indiferença (do tipo $x \sim y$). Tanto uma quanto outra (preferência estrita ou indiferença) escalonam as opções. No primeiro caso, uma superará a outra, na valoração a ser efetuada por aquele que deva decidir. No segundo, as escolhas acabarão por alcançar o mesmo peso. No caso do exemplo anterior, se estudar Direito lhe fosse mais interessante do que estudar Economia, tal relação poder ser qualificada como de preferência estrita. Se o peso das escolhas lhe parecesse igual, então seria contextualizada uma relação de indiferença.

³⁴⁰ Tal exemplo foi inspirado na explanação de FIANI, Ronaldo, op. cit., pág. 24, quando relacionou os países do Cone Sul, com suas respectivas capitais.

Quer dizer, obtém-se “a relação de preferência estrita”, caso exclua-se da “relação de preferência a possibilidade de que um elemento seja tão bom quanto o outro”. Em caminho diametralmente oposto, concomitantemente, quando uma opção se apresentar tão boa quanto a outra, sendo que isto caracterizará a indiferença.³⁴¹

Aproveitando-se a Teoria da Escolha Racional em relação ao processo judicial, especificamente em relação ao pedido de execução coletiva da sociedade empresária – pedido de falência – o requerente e o requerido se encontram em posições flagrantemente opostas. Graficamente, as opções poderiam ser resumidas em “ganhar” e “perder”. Logicamente, ganhar seria estritamente preferível em relação a perder. Entretanto, o “ganhar” de uma parte significará o “perder” da outra. Não há diálogo possível, ainda que a decretação da quebra ultime, potencialmente, por ser prejudicial a ambas as partes, mas também em relação aos terceiros que, depois da decretação da quebra, sejam atingidos com tal decisão (os credores da massa) e seus possíveis desdobramentos (eventuais responsabilidades alcançadas via ação de responsabilização ou procedência de pedido de desconsideração da personalidade jurídica, diante de passivo a descoberto da sociedade falida).

Diante de tal perspectiva, *de lege ferenda*, não seria absurdo propor como etapa anterior à decisão de decretação da quebra ou a deferir pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tão logo angularizada a lide, isto é, após a citação, o comparecimento das partes (pessoalmente se possível) à audiência de conciliação, quando poderiam ser construídas conjuntamente alternativas menos onerosas e de efeitos sociais não tão abrangentes diante do avizinhar-se da quebra ou do comunicar dos patrimônios dos sócios e do ente coletivo requerido. Esquemáticamente, tomando-se a falência como exemplo, sem a conciliação, as opções para ambas as Partes se concentrariam em pares ordenados coincidentes. Para A, autor da ação: {Ganhar, Perder}. Para R, ente coletivo réu da ação: {Ganhar, Perder}. Por outro lado, numa possível conciliação, com o compartilhar voluntário de informações, possível imaginar uma relação de preferência não estrita para as partes. Para A: {Ganhar, Ganhar mesmo percebendo o crédito de forma parcelada}. Para R: {Ganhar, Levantar a Falência}. Percebe-se, facilmente, que a primeira opção não se perfectibilizaria. Por outro lado, se a segunda opção é tão boa quanto a primeira em ambos os pares ordenados, em vez de divergência, haveria a possibilidade de convergência, racional e economicamente, a conciliação seria mais eficiente.

³⁴¹ FIANI, Ronaldo. Op. cit.,pág. 24-25.

Os formalismos estéreis não contribuem para a pacificação social. No que diz respeito ao rito falimentar, a tentativa de conciliação das partes, apresenta-se como uma hipótese positiva do ativismo judicial. Richard Posner defende, para o julgador, uma atitude pragmática, “voltada para o progresso e capacidade de execução” de suas decisões. O operador do direito deve insurgir-se contra “o conselho conservador segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as consequências são imprevisas”.³⁴² O ativismo judicial se propõe como forma de atuação do juiz consentânea com a responsabilidade social do cargo que ocupa, muito bem lembrada no texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 5º, quando se exige do juiz, ao aplicar a lei, que o faça atendendo “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Logo, uma AED em se tratando de litígios empresariais torna-se natural e até necessária, principalmente em situações limite, como de crise circunstancial do empreendimento, em que a decretação da quebra poderá deflagrar o desmantelamento da atividade negocial, inclusive com a possibilidade de extinção de postos de trabalho. A designação de eventual audiência de conciliação estará a complementar a faculdade de levantamento da falência através do depósito elisivo. Depósito elisivo que está a chamar o ente coletivo-devedor à barganha. O diálogo de saberes deve ser incentivado. As especificidades do direito empresarial deveriam priorizar ou conduzir às soluções advindas dos próprios agentes econômicos.

A atividade empresarial, como fato jurídico, pode ser considerada como uma sucessão de contratos, contratos empresariais, contratos de consumo, contratos que envolvam logística, contratos de trabalho, sendo que o *quantum* referente à inadimplência de tais contratos corresponderá aos créditos passíveis de conformar eventual pedido de falência. A convenção negocial que vier a subsidiar, ainda que indiretamente, a causa de pedir remota poderá orientar as bases de eventual acordo judicial, para possibilitar o levantamento da falência.

Trata-se da assimilação de uma abordagem econômica da justiça, nos moldes do movimento *law and economics*. Analisar e construir os critérios de escolha racional e eficiência econômica, para solução negociada do litígio, permite a ilação de que as instituições jurídicas podem ser analisadas de acordo como o modelo do contrato. O contrato, portanto, seria o instrumento mais eficaz para alcançar-se o ótimo de Pareto, isto é, uma

³⁴² POSNER, Richard. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Op. cit., pág. 5.

transação capaz de melhorar a situação de uma das partes, sem piorar a da outra. A dilação do prazo do depósito elisivo, por hipótese, poderá significar no caso concreto melhoria considerável na situação do devedor, sem que isso configure piora na situação do credor.³⁴³ Isto, porque é preferível receber sozinho, em prazo mais alongado, a concorrer com todos os credores do falido, caso procedente o pedido de quebra.

4.9.3 A Teoria da Barganha a construir Acordos Judiciais

No contexto da Análise Econômica do Direito, instaurado o processo judicial, as pretensões das partes (direitos subjetivos em perspectiva) podem ser encaradas como “títulos (entitlements) dos quais cada um pode dispor ou vender livremente vendendo-os ou trocando-os a fim de melhorar a sua situação. Isto pressupõe, naturalmente, a autonomia contratual mais ampla possível”.³⁴⁴ Daí, relevante a investigação sobre as diversas formas de se verificar o que, de fato, foi perdido, no caso de inadimplemento do que se pactuou. Igualmente importante considerar, na linguagem econômica, “as defesas relacionadas ao estabelecimento e as escusas relacionadas à execução”³⁴⁵ do que foi contratado. Some-se a isso, a dificuldade de se estabelecer, nos diversos quadros empíricos, qual seria a “indenização perfeita”, para que se possa conferir eficiência à solução proposta ou construída pelas partes.

A doutrina tem proposto quatro quadros específicos de abordagem para a eleição da “indenização perfeita”. Em primeiro lugar, a indenização por quebra de expectativa. Trata-se de perscrutar uma indenização positiva. O cumprimento seria o referencial para o cálculo do dano. A indenização perfeita seria aquela que “deixa as vítimas em potencial indiferentes entre o cumprimento e a inadimplência”.³⁴⁶

Em segundo lugar, apresenta-se a chamada indenização por quebra de confiança, correspondente a uma espécie de indenização negativa. A ausência de contrato seria o referencial para o cálculo do dano. A “indenização perfeita seria aquela” que “deixa as vítimas em potencial indiferentes entre a ausência de contrato e seu descumprimento”.³⁴⁷

³⁴³ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 57.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 280 e seguintes.

³⁴⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., pág. 250.

³⁴⁷ Idem, pág. 252.

O terceiro critério corresponderia à estimativa do custo de oportunidade, a configurar uma indenização alternativa. A oportunidade perdida seria o referencial para o cálculo do dano. A “indenização perfeita” seria aquela que “deixa as vítimas em potencial indiferentes entre o rompimento do contrato e a execução do melhor contrato alternativo”.³⁴⁸

Enfim, o quarto modelo seria a junção dos anteriores, a envolver o problema do valor subjetivo da estimativa do que se tem por “indenização perfeita”. As três formas precedentes apresentam situações em que “a vítima do descumprimento da promessa valoriza o cumprimento do acordo com os preços de mercado”. Tal não ocorre da mesma forma quando “o valor subjetivo não é igual ao valor de mercado”.³⁴⁹

Veem-se, portanto, pontualmente, as formas de investigar o dano e a sua extensão, buscando a indenização perfeita. Como formas de solução específica, surgirão, acaso a barganha se efetive, a restituição, a devolução, a execução específica, as garantias e os remédios definidos pelas partes. O dinamismo das relações empresariais, no contexto de eventual superação da crise financeira do ente coletivo, recomenda a prevalência de soluções extrajudiciais. Do princípio da boa-fé objetiva se extraem a legítima expectativa a respeito da paridade de armas e da confiança no diálogo.

A teoria da barganha estabelece uma comunicação cooperativa a possibilitar a integração de interesses. Neste contexto, na solução negociada não existirão perdedores. Concessões mútuas poderão afastar um resultado indesejável e ineficiente para as partes. Em caso de decretação da falência, a capacidade do empreendimento de gerar resultados positivos poderá ser anulada com a lacração do estabelecimento. O patrimônio intangível se poderá esvair, remanescendo, em muitos casos, um patrimônio tangível insignificante se comparado ao passivo coletivo. Outras vezes, não existirá patrimônio arrecadável, o que poderá redundar em falência frustrada, nos termos do art. 75, do DL 7661/45. Percebe-se, portanto, que eventual acordo judicial poderia possibilitar o levantamento da falência e o recebimento do crédito pelo requerente da quebra, se a preservação do empreendimento fosse prestigiada. Com a quebra, entretanto, sem patrimônio positivo, perderão todos: partes, trabalhadores, fornecedores, consumidores e até o fisco. Nesta quadra, nenhum dos quatro quadros de “indenização perfeita” se aperfeiçoará.

³⁴⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., pág. 253.

³⁴⁹ Idem, pág. 254.

A “solidariedade”³⁵⁰ prevista na lei de falências (LFRE), a impor o rateio do que for arrecadado em favor da massa, de acordo com a ordem de preferência estabelecida em seu art. 83, conformará solidariedade apenas teórica, conceitual, na ausência de patrimônio arrecadável. Contribuir-se para tal desfecho, não se predispondo o requerente da execução coletiva a eventual acordo, para o levantamento da falência, denotará escolha ineficiente, que fatalmente contaminará a decisão judicial que decretar a falência, isto é, decisão legal, mas sem resultados positivos; logo, ineficiente.

As contribuições do movimento Direito e Economia, em tal hipótese, serão menosprezadas ou sequer cogitadas pelo requerente da quebra. Igualmente, não haverá correspondência com o denominado movimento Direito e Literatura, que se inspira na narrativa social e cultural para que se possam extrair as bases de um discurso jurídico inteligível.³⁵¹ A retórica da literatura como retórica constitutiva para apoiar as escolhas das partes e a fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de recurso interessante e que possui raízes na tragédia grega. No caso de ausência de composição para se evitar a quebra, o credor requerente da falência poderá ser comparado ao mineiro da célebre frase de Otto Lara Resende “O mineiro só é solidário no câncer”³⁵², porque acabará por se predispor a ser solidário somente numa situação extremada, ainda assim se houver arrecadação e rateio correlato.

A referida frase se repete na boca do personagem Edgard da peça “Bonitinha, mas Ordinária” de Nelson Rodrigues, emparedado entre duas escolhas: o casamento com uma moça pobre a quem ama e o casamento com uma moça rica a quem não ama, pressionado pela oferta de uma quantia milionária pelo pai da mesma. As duas, entretanto, por contingências diferentes se entregaram a outros homens; a primeira se prostituiu, como meio de conseguir recursos para sustentar seus familiares e o enganou ao lhe afirmar que exercia o magistério; a

³⁵⁰ Artigos 81 e 82. Solidariedade também no sentido de valor e não só de pluralidade de credores ou devedores.

³⁵¹ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. Direito e Literatura: Perspectivas para um “Novo” Direito. In ____ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil (natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas)*. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 283-319.

³⁵² Disponível em: http://www.releituras.com/olresende_frases.asp. Acesso em 13/08/2013, às 14:00.

segunda se disse currada e estuprada, porém consentiu com o assédio sexual, buscando também enganá-lo.³⁵³

Na cena final da peça, Edgar prefere o amor e a companhia da moça pobre e, juntamente com ela, na praia ao nascer do sol, rasga a cártula de cheque representativa da quantia milionária que havia recebido. Aparentemente, a única peça de Nelson Rodrigues com um final feliz, quase que um apelo à ética, ao amor e à civilidade. O “câncer” de Edgar – o orgulho ferido pela traição de suas pretendentes – foi debelado pela escolha que lhe pareceu mais racional. O “câncer” da situação de crise financeira do ente coletivo, se não for vencido com eventual acordo e correlato levantamento da falência, poderá ser alvo de “metástase”, transferindo-se para o patrimônio particular dos sócios do empreendimento (no caso da propositura de eventual ação de responsabilização, nos termos do art. 82, da Lei de Falências) ou comunicando-se com o patrimônio de terceiros ou outras sociedades em caso de desconsideração da personalidade jurídica do ente falido. Por fim, destruindo a possibilidade de se “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”³⁵⁴, ou, ainda, de “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”³⁵⁵

Na hipótese de desconsideração da personalidade do ente coletivo, não se apresenta salutar buscar a extensão da responsabilidade pelo passivo a descoberto, com apoio nas legislações especiais, nas cláusulas gerais disciplinadas no CC e nos termos do vindouro incidente de desconsideração previsto no projeto do novo CPC, quando o microsistema para o enfrentamento da crise financeira do ente coletivo recomenda ação autônoma, qual seja a ação de responsabilização³⁵⁶, prevista no art. 82, da LFRE e comentada no item 4.4 desta

³⁵³ Cf. a sinopse da filmografia homônima. Disponível em: http://www.academiabrasileiradecinema.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=1114&Itemid=542. Acesso em 13/08/2013, às 14:30.

³⁵⁴ Art. 47 da LFRE

³⁵⁵ Art. 75 da LFRE

³⁵⁶ No âmbito do TJDF, a Ação de Responsabilidade tem satisfatoriamente coibido os abusos dos sócios em caso de passivo a descoberto. Neste sentido, confira-se: APC 20090110894019 – 5ª. Turma, Rel. Des. ANGELO CANDUCI PASSARELI, julgado em 1/08/2012, DJ 6/08/12; APC 20090110095648 – 5ª. Turma, Rel. Des. JOÃO EGMONT, julgado 8/2/12, DJ 24/02/12; APC 2009110353138 – 1ª. Turma, Rel. Des. FLAVIO ROSTIROLA, julgado em 16/02/11, DJ 1/03/11; APC 20080110227872 – 6ª. Turma, Rel. Des. JOÃO EGMONT, julgado em 28/04/2010, DJ 1/07/2010; APC 20000110422759 – 3ª. Turma, Rel. ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 3ª. Turma, julgado em 20/08/2008, DJ 09/09/2008.

pesquisa. Destaque-se que referido artigo traz a determinação expressa de que a responsabilidade que se buscará dos sócios ou de outros entes empresariais é aquela prevista “nas respectivas leis”, fazendo da ação de responsabilização portadora de *vis atrativa*, a reunir no microssistema falimentar todas as hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios por dívidas da pessoa jurídica.

Os princípios da especialidade e da preservação da empresa recomendam a propositura da ação de responsabilização. Obviamente, a extensão da responsabilidade pelas dívidas sociais, em caso de arrecadação inexistente ou insuficiente, poderá alcançar o patrimônio particular dos sócios, regra geral, pelo viés subjetivo, o que reclamará a investigação sobre eventual abusividade ou excesso em relação aos poderes outorgados aos sócios administradores, salvo as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas em lei. A hipótese de desconsideração da personalidade jurídica seria a última via, para a eventual reparação dos credores do falido. É dizer, defensável que sua aplicação, além de excepcional seja também subsidiária ou residual em função do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*)³⁵⁷, ou seja, a ação de responsabilização prevista na Lei de Falências, porque especial, deveria afastar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, positivada de forma geral no CC, e afastar as determinações legais específicas, pois o teor do art. 82 da LFRE atrai para a sua incidência todas as hipóteses previstas nas respectivas leis.

Entretanto, por economia e celeridade processuais, há quem entenda não haver prejudicialidade, hierarquia ou relação de preferência entre as hipóteses de extensão da responsabilidade em relação ao passivo do ente coletivo declarado falido, comparando-se a responsabilização fundamentada no art. 82, da LFRE e a técnica do levantamento do véu societário com fundamento no art. 50 do CC e demais previsões legais, confiando-se no senso de oportunidade e justiça do julgador, a quem caberá decidir por uma das alternativas legais³⁵⁸, a depender das peculiaridades do caso concreto, ou mesmo inferir como primeira opção a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive subsidiando-a com ação cautelar preparatória de indisponibilidade de bens.³⁵⁹

³⁵⁷ HRYNIEWICZ, Severo. *Latim para Advogados*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 107.

³⁵⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 185.

³⁵⁹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 98.

Uma análise mais acurada dos precedentes construídos perante o Superior Tribunal de Justiça permite a constatação de que a desconsideração da personalidade jurídica não tem atingido o ente coletivo falido, mas sim tem sido utilizada, de forma expansiva e, às vezes, até inversa, para alcançar o patrimônio de outros empreendimentos quando detectadas hipóteses de concentração empresarial, mais especificamente grupos de fato, alcançando-se o patrimônio de ex controladores³⁶⁰, controladores^{361 362} ou mesmo sociedades coligadas³⁶³.

O CJF, na 1ª Jornada de Estudos sobre Direito Empresarial, ao dissociar a responsabilização referida no art. 82 da Lei de Falências dos casos de desconsideração da personalidade jurídica, ultimou por corroborar a tese de que a desconsideração da personalidade jurídica poderá ocorrer, incidentalmente, no curso do processo falimentar, independentemente do ajuizamento de ação autônoma, para alcançar o patrimônio de sócios - pessoas físicas ou jurídicas – do ente coletivo declarado falido.³⁶⁴

Todavia, de comum entre os dois institutos (ação de responsabilização e o projetado incidente de desconsideração da personalidade jurídica), remanesce a necessidade de se garantir o contraditório, ainda que diferido, aos sócios e sociedades, prospectiva e por extensão, eventualmente atingidos pela falência do ente coletivo. É dizer, sócios do empreendimento falido ou sociedades que congreguem com a sociedade falida um mesmo grupo econômico. Neste contexto, recomendável a citação prévia, antes da decisão sobre a extensão dos efeitos da falência, salvo antecipação de tutela para determinar a indisponibilidade do patrimônio dos envolvidos, desde que tal medida não inviabilize a atividade negocial dos mesmos.

Pragmaticamente, devem ser sopesados os interesses em jogo. De um lado, os interesses dos credores do ente coletivo falido, para os quais será, em princípio, vantajosa a declaração de extensão dos efeitos da falência, na perspectiva de arrecadação positiva. De

³⁶⁰ AgRg nos EREsp 418.385/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 16/03/2012.

³⁶¹ REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011

³⁶² REsp 1316256/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe12/08/2013.

³⁶³ REsp 1259018/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011.

³⁶⁴ Enunciado 48. A apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores feita independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, prevista no art. 82 da LFRE, não se refere aos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

outro lado, a preservação de outros empreendimentos, cuja viabilidade econômica consubstanciará interesses de terceiros, ainda que estes terceiros ultimem por integrar a anterior massa de credores. A modulação dos efeitos da decisão que declarar a extensão da falência deverá precisar, por exemplo, sobre a continuação ou não da atividade desenvolvida pelas sociedades que, em razão da referida extensão, poderão ter seu patrimônio comprometido.

A desconsideração da personalidade jurídica, na sua configuração ortodoxa, deveria servir a uma relativização episódica e pontual do princípio da autonomia patrimonial, sem, contudo, comprometer a viabilidade do empreendimento. A decretação da falência, por sua vez gerará uma gama de efeitos, não se tratando de uma intervenção pontual, mas sim de substituição dos sócios do falido por um Administrador Judicial, com seus deveres delimitados pela lei, dentre os quais, o de avaliar a conveniência dos contratos firmados com terceiros. A extensão dos efeitos da falência poderá comprometer a viabilidade de empreendimentos sadios, do ponto de vista funcional e financeiro, mesmo na hipótese de caracterização de grupos econômicos. Portanto, a extensão dos efeitos da falência a sociedades coligadas com a falida merece cautela, pois os custos sociais de tal opção poderão superar os prognósticos positivos para a situação de crise.

Importante salientar que o litisconsórcio passivo, construído pelo deferimento do pedido de desconsideração em sede falimentar, poderá até significar uma estratégia economicamente menos favorável. Se, originariamente, a sociedade falida possuir obrigações sociais de valores expressivos, todas classificadas como créditos quirografários, com a possibilidade de pagamento parcial dos credores, mas sem a consolidação do quadro correlato, é possível imaginar que, com a extensão da falência a uma sociedade coligada, apesar da afetação e indisponibilização do patrimônio desta, para a satisfação dos credores da falida, natural que também se habilitem perante a massa os credores da coligada, eventualmente com créditos classificáveis num patamar superior aos quirografários, o que redundará, atuarialmente, no diminuir do rateio entre os quirografários ou mesmo na ausência de recursos para tanto, se forem sorvidos para o pagamento dos credores das classes superiores.

Além disso, o rito falimentar corresponde a uma execução coletiva ou execução concursal³⁶⁵, cuja estabilização (arrecadação e realização do ativo, bem como liquidação do passivo) poderá culminar com o pagamento total ou proporcional da universalidade de credores³⁶⁶. Primar-se pela economicidade e celeridade será linha de ação desejável, para que a situação de crise da empresa seja debelada. O transcurso do feito não deveria ser interrompido. O estrito cumprimento dos prazos processuais deveria projetar, para logo, a possibilidade efetiva de rateio ou, em perspectiva, o encerramento da falência, por perda superveniente do objeto, diante de eventual ausência de patrimônio a qualificar a falência como frustrada, nos termos do art. 75, do ultra-ativo DL n. 7661/45. Sem contramarchas. Por outro lado, colhidos indícios de gestão fraudulenta ou abuso de direito dos sócios, aos quais se imputem e se possam individualizar atos que tenham contribuído decisivamente para a ruína do empreendimento, possível o ajuizamento da ação de responsabilização, sem prejuízo do transcurso da falência, até porque a lei, expressamente, permite, como provimento de urgência, a indisponibilidade do patrimônio dos sócios que comporão o pólo passivo de referida demanda.

Logo, a extensão dos efeitos da falência a outras pessoas jurídicas corresponderá, materialmente, ao cúmulo de execuções coletivas num mesmo processo, o que retardará a conclusão do feito, bem como incrementará a quantidade de incidentes naturalmente afluentes ao rito falimentar. A falência ainda que funcionalmente dirigida à execução forçada do patrimônio do falido agrega, reflexamente, a ideia de administração e composição de interesses particulares ou difusos, diante de regras de direito processual, mas também de direito substancial hábeis à projeção de efeitos, mesmo depois de encerrada a fase procedimental da falência³⁶⁷. Durante a fase falimentar³⁶⁸, lembre-se a possibilidade que se abre aos credores da assunção da atividade, aproveitando-se a estrutura anterior do empreendimento, vale dizer, preservando-a. Tal preservação atenderá à função social da atividade, apesar da substituição subjetiva dos empreendedores. A um só tempo,

³⁶⁵ PERIN JÚNIOR, Écio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006, pág. 51-52.

³⁶⁶ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, pág. 213.

³⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial (Falência e Recuperação de Empresas)*. São Paulo, Atlas, 2012, pág. 266.

³⁶⁸ Idem, loc. cit.

salvaguardados, em tal hipótese, princípios gerais, desejáveis a todo e qualquer rito falimentar: “preservação da empresa, celeridade e coletividade”³⁶⁹

Nitidamente, a celeridade, no caso da extensão dos efeitos da falência, poderá ser comprometida. O prolongar do feito poderá ocasionar a depreciação do ativo, bem como significar o incremento dos encargos da massa, o que, sem dúvida, redundará em prejuízo a ser suportado por todos os credores³⁷⁰. Pode impedir, inclusive, a rápida alienação da empresa, em bloco ou por filiais isoladas, o que permitiria a preservação da atividade em mão do arrematante. Intuitivamente, quanto mais demorado, proporcionalmente, tanto mais oneroso para todos os afetados o feito falimentar e, em consequência, menos eficiente. Quanto mais célere o processo, portanto, observado o devido processo legal, facultando-se às partes, ao Administrador Judicial, ao Ministério Público e aos demais interessados a possibilidade de se manifestarem no feito, menores serão custos do processo e os prejuízos dos credores.³⁷¹ Portanto, do ponto de vista da economia processual, defensável que a responsabilidade pessoal dos sócios do ente coletivo ou de parceiros empresariais, ainda que a compor com ele eventual grupo econômico, sejam apurados em processo autônomo.

4.9.4 A técnica da desconsideração da personalidade jurídica a complementar a proteção dada pela ação de responsabilização

Ressalva há que se fazer, entretanto, quando superado o prazo bienal configurador da prescrição da ação de responsabilização. Nesta hipótese, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, desde que requerido antes observado o limite temporal, para extinção das obrigações do ente falido, isto é, o quinquênio ou o decênio para a extinção de suas obrigações (a depender, respectivamente, da ocorrência ou não de condenação em crime falimentar, art. 159, inc. III e VI, da LFRE) demonstrar-se-á produtora. Precedentes do STJ têm sustentado, inclusive, que a desconsideração da personalidade jurídica estaria a conformar direito potestativo dos credores^{372 373}, não se sujeitando a prazo prescricional. Contudo,

³⁶⁹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Fundamentos do direito falimentar*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 45-61.

³⁷⁰ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, pág. 288-289.

³⁷¹ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág.194.

³⁷² REsp 1180714/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 05/04/2011, DJe 06/05/2011.

³⁷³ REsp 1312591/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 11/06/2013, DJe 01/07/2013.

repise-se que após o encerramento da falência, transcorridos os prazos legais, a extinção das obrigações se revela obstáculo à postergação do feito falimentar. Recomendável, inclusive, que, uma vez declarada a extinção das obrigações, o sepultamento do ente coletivo, desativado faticamente, com o exaurir do patrimônio social durante o rito falimentar, ocorra com sua extinção e correlata baixa no registro competente.³⁷⁴ Assim, se não houver mais personalidade do ente coletivo, contrassenso será sustentar-se eventual pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

A constatação de indícios flagrantes de abuso do uso da sociedade empresária, para fraudar credores, descapitalizando o empreendimento, redundaram na orientação da 2ª Seção do STJ pela possibilidade de extensão da responsabilidade dos sócios administradores ou controladores através da técnica da desconsideração da personalidade jurídica no seu viés subjetivo, independentemente da previsão legal de ação autônoma expressamente prevista no art. 82, da LFRE, que poderia alcançar resultado similar, qual seja, uma arrecadação positiva para fazer frente ao passivo da massa.

A encampação da denominada teoria maior subjetiva pelo STJ em contrapartida tem coerentemente gerado precedentes que não reconhecem a extensão da responsabilidade do ente falido a sócios administradores ou controladores, se não forem contextualizados, de acordo com o arcabouço probatório analisado pelas instâncias inferiores, indícios de efetiva contribuição dos mesmos a revelar o abuso de direito ou a fraude a credores.³⁷⁵ Quer dizer, a insuficiência patrimonial do ente coletivo e a participação social majoritária, isoladamente, não podem conduzir à automática extensão da responsabilidade³⁷⁶, salvo as hipóteses de responsabilidade objetiva, interpretação que aproxima a ação de responsabilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regra geral, ambos propícios à extensão da responsabilidade desde caracterizada a culpa dos sócios administradores e controladores em sentido lato.

A reforçar a ideia de que se deve evitar a banalização da desconsideração da personalidade jurídica pelo viés objetivo, seja ao considerar-se um empreendimento isolado, seja no contexto de grupos econômicos, construiu-se o entendimento perante o CJF de que a

³⁷⁴ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 439.

³⁷⁵ REsp 1325663/SP, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Julgado em 11/06/2013, DJe 24/06/2013.

³⁷⁶ REsp 968.564/RS, . 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 762.555/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 25/10/2012.

simples participação societária não faz presumir solidariedade³⁷⁷, pois, do contrário, restariam irremediavelmente desprestigiados os princípios da autonomia patrimonial, da segurança jurídica e da preservação da empresa.

Tal tendência restritiva denota-se economicamente mais eficiente, pois a limitação da responsabilidade permanecerá hígida, na perspectiva de eventuais execuções propostas por fornecedores, o que arrefecerá os efeitos negativos das externalidades geradas pelas hipóteses de aplicação meramente objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, como nos casos de credores vulneráveis (consumidores e ex-empregados).

A legislação argentina também se orienta pela extensão da responsabilidade pelo viés subjetivo, destacando-se do modelo brasileiro, porque a lei concursal daquele país prevê expressamente a possibilidade da responsabilidade entre membros de um grupo econômico, quando não for possível delimitar os ativos e passivos dos entes coletivos, hipótese, portanto, de confusão patrimonial, porém derivada de eventual contabilidade deficitária.³⁷⁸ Destaque para jurisprudência do STJ que diz da insuficiência da insolvência, de per se, para configurar responsabilidade entre empresas de um mesmo grupo econômico.

4.9.5 As leis concursais de Brasil e Espanha: paralelo entre a Ação de Responsabilização e a “Qualificação”

O modelo da lei concursal espanhola também se aproxima da tendência restritiva que aqui se está a defender em relação à extensão dos efeitos da quebra. Há uma fase destacada do rito falimentar, quando detectarem-se frustrados os esforços para a arrecadação do patrimônio do falido, denominada de “qualificação”, oportunidade em que será necessário investigar e definir se o concurso (a falência) se deu em razão de fortuito ou culposamente. A lei concursal espanhola (38/2011) não define o concurso fortuito nem contempla pressupostos concretos do mesmo. Impera na doutrina e jurisprudência espanhola, entretanto, a contextualização do fortuito como um conceito negativo e/ou por exclusão: declarar-se-á fortuito quando não se qualificar como culposos.

A lei concursal espanhola estabelece uma cláusula geral para determinar quando o concurso merece a qualificação de culposos (art. 164.1, reformado pela Lei 38/2011), por conta

³⁷⁷ Enunciado 22 da 1ª Jornada de Estudos da Justiça Federal. “22. Não se presume solidariedade passiva (art. 265 do Código Civil) pelo simples fato de duas ou mais pessoas jurídicas integrarem o mesmo grupo econômico.” Disponível em:

³⁷⁸ COBLES, José Hurtado, op. cit., pág.101.

da dificuldade de prova de ocorrência de dolo ou culpa ou mesmo da concretização da relação de causalidade entre as condutas das pessoas responsáveis para a geração ou o agravamento da insolvência. Numa tradução livre, infere-se ele quando detectar-se dolo ou culpa grave do devedor ou, no caso de pessoa jurídica, de seus representantes ou liquidantes, de fato ou de direito, de controladores e de quaisquer pessoas que tenham exercido ou ocupado tais funções nos dois anos anteriores à decretação da quebra.³⁷⁹

Exclui-se, portanto, o comportamento meramente culposo ou negligente. A diferença entre a atuação dolosa ou culposa difere na intenção específica das pessoas a quem afetará a denominada qualificação. A conduta dolosa será contextualizada quando a intenção se dirigir ao defraudar a massa dos credores. A finalidade almejada não é outra senão conseguir benefícios para si ou para outras pessoas próximas. A culpa grave, por sua vez, tem sido conceituada como a falta de prevenção, quando qualquer pessoa minimamente cuidadosa poderia ter previsto ou evitado a insolvência. Voluntariamente ou involuntariamente em relação ao resultado danoso, encontra-se a diferença essencial entre dolo e culpa: quando se quer o resultado danoso (dolo), ou não se quer, mas se produz mesmo assim por uma atuação sem a mínima diligência do sujeito que causou o prejuízo.³⁸⁰

A Lei Concursal espanhola chama o devedor principal ao entendimento e faculta a ele indicar eventuais corresponsáveis pela quebra (art. 170), ainda que não formalmente integrados ao empreendimento. A lei refere-se a cúmplices e, de qualquer modo, aos citados será facultado o contraditório (art. 171), antes da sentença que decidirá pela extensão da responsabilidade³⁸¹. A lei espanhola – a exemplo do que se defendeu, no caso brasileiro, prima pelo diálogo, favorecendo a composição, o que do ponto de vista da AED significará o abreviar do conflito e a minimização dos custos sociais do processo falimentar. Tal diálogo seria incentivado com o simples agregar de uma audiência de conciliação prévia, na fase pré-falimentar, ao rito disciplinado pela LFRE.

A decisão que determinar a desconsideração da personalidade jurídica será contextualizada como eficiente se, em perspectiva, não subverter, ainda que indiretamente, o princípio da *par conditio creditorum*, significando tal princípio a preservação de direitos iguais, para uma determinada classe de credores, desde que observadas as preferências

³⁷⁹ Idem, pág. 555.

³⁸⁰ Idem, pág. 375-378.

³⁸¹ Idem, pág. 556-559.

legais.³⁸² A igualdade entre os credores é relativa, posto que a ordem de preferência da satisfação dos créditos foi imposta nos limites e nos termos do art. 83, da LFRE. O princípio da autonomia patrimonial, que também é relativo, proporciona a individualização dos patrimônios do ente coletivo em relação ao patrimônio particular dos sócios, bem como os patrimônios de sociedades que componham um mesmo grupo empresarial. Em situação de crise financeira, possível dimensionar e delimitar quais os credores sociais e quais os credores particulares. Cada devedor (sociedade ou sócio), regra geral, deveria responder diretamente pelas obrigações assumidas e eventualmente inadimplidas.

Entretanto, a extensão da responsabilidade através da técnica da desconsideração da personalidade jurídica estará a enredar todos os credores (sociais e particulares) numa mesma execução, impondo-lhes, na perspectiva de ausência de patrimônio daqueles que sejam afetados pela extensão dos efeitos da quebra, um passivo ainda maior do que aquele calculado antes da decisão de desconsideração da personalidade jurídica.

A ineficiência de tal medida demonstrar-se-á gritante, por isso preferível, à extensão dos efeitos da falência, a ação de responsabilização. A AED, mais especificamente o decantado Princípio da Eficiência Econômico-Social deve orientar o formular de propostas que regulem outras hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica e as decisões que a imponham, nos limites do ordenamento jurídico vigente. Rememore-se que tal princípio recomenda que, seja na inovação do ordenamento jurídico, seja na aplicação do direito posto, haja compromisso com a maximização dos direitos atribuíveis aos agentes econômicos, bem como o sopesar das obrigações que lhes sejam imputadas.

Tal ponderação deve instrumentalizar-se por um cálculo econométrico que avalie o binômio custo-benefício, tendo em conta as nuances ou variáveis de caráter temporal e social. Os custos sociais deverão superar os prejuízos. A socialização dos prejuízos redundará em benefício daqueles que se dispuserem ao diálogo. Haverá a internalização das externalidades negativas, presentes e específicas de cada demanda posta, mas também de externalidades futuras, quando, ao decidir, o julgador não se esqueça de que a atividade empresarial é interesse difuso.

³⁸² TOMAZETTE, Marlon, op. cit., pág. 271.

CONCLUSÃO

O homem, ao longo da história, foi capaz de criar entes coletivos hábeis a potencializar fins comuns: religiosos, acadêmicos, políticos, ideológicos, científicos, empresariais, dentre outros. Tais associações voluntárias muito contribuíram para o desenvolvimento da civilização. De se destacar que o próprio conceito de Estado de Direito, de desejável atribuição aos 232 países, distribuídos nos 8 continentes do globo, fundamenta-se na estabilidade de uma associação política composta por um povo, radicado num determinado território, que se mantém organizada por um ordenamento jurídico soberano, com um governo que, ao menos teoricamente, alcançará legitimidade se for capaz de responder às demandas de sua população.

Tais países soberanos, Estados de Direito, conseguirão atender as expectativas e finalidades esperadas se suas instituições contextualizarem uma democracia. Uma democracia de qualidade, o que se estimará pela afirmação dos direitos humanos. Na pauta da internacionalização dos direitos humanos, o direito a um desenvolvimento sustentável denota-se preocupação recorrente.

É preciso salientar que este mundo globalizado, de uma sociedade líquida, às vezes consumista, tem como desafio conciliar uma solidariedade técnica (correspondente à padronização de bens e serviços, em princípio, potencialmente disponíveis no mercado global e de acordo com as regras de um sistema de produção que se propõe hegemônico) com uma solidariedade ética, em que a pessoa humana, em qualquer parte do planeta, seja respeitada em sua dignidade, ressalvadas as particularidades históricas, culturais e socioeconômicas de cada país.

Há que se destacar que a promoção da dignidade humana perpassa pelo usufruir de bens e serviços. A efetividade dos denominados direitos fundamentais de segunda e terceira geração (sociais, econômicos, culturais e difusos), entretanto, dependerá do grau de desenvolvimento de cada país, sendo comuns os acordos de colaboração econômica. A aproximação das nações se tem implementado pela necessidade de uma parametrização dos mercados. Após a aproximação econômica, a tendência tem sido a aproximação dos ordenamentos jurídicos.

Os entes vocacionados ao exercício da atividade empresarial (pessoas físicas ou jurídicas), ao concatenarem os usuais fatores de produção (insumos, capital, trabalho e tecnologia), constroem a dignidade das pessoas, ao disponibilizar-lhes bens e serviços para

satisfação de suas mais variadas necessidades sociais, das básicas às supérfluas, ainda que seja recomendável a flexibilização de eventual classificação das necessidades humanas.

A internacionalização do comércio, da indústria e do setor de serviços, os empreendimentos multinacionais, a concentração econômica refletem uma economia parametrizada, sendo natural e notória a influência positiva dos que exercem a atividade empresarial, a contribuir decisivamente para as economias dos países em que estejam estabelecidos. Os empresários individuais ou coletivos deverão, paralelamente à persecução do lucro, dar cumprimento à função social dos empreendimentos.

A atividade empresarial, de resto, ultima por se caracterizar como interesse difuso, por congrega, concomitantemente, os interesses dos sujeitos de direito que exercem a atividade, de seus colaboradores subordinados e independentes, de seus consumidores, de seus fornecedores, e também do fisco. No mundo capitalista, portanto, os entes coletivos que desenvolvem a atividade empresarial são considerados imprescindíveis ao desenvolvimento socioeconômico.

A aproximação de mercados requer ordenamentos jurídicos dinâmicos, sendo defensável a desregulamentação da Economia, tendo em vista a necessidade de simplificação das relações jurídicas entre os agentes econômicos globais. As tecnologias de informação encurtaram distâncias, potencializaram a comunicação com a instantaneidade, por exemplo, das redes sociais. O comércio eletrônico incrementou a atividade empresarial, ao expandir no mundo virtual a oferta e a demanda de bens e serviços.

Essa megassociabilidade impôs uma releitura do princípio da autonomia privada, sendo que aos consumidores e fornecedores foi facultado o protagonismo das relações econômicas e dos meios de solução dos conflitos, recomendando-se uma atuação estatal não intervencionista, ou seja, Estados de Direito não intervencionistas como resultado da convergência dos Sistemas Econômicos de vanguarda, a saber: o Capitalismo Social e o Socialismo Liberalizante.

O protagonismo dos agentes econômicos se percebe pela capacidade de articulação e organização de fornecedores e consumidores. A vontade psicológica, individual, ainda que se mantenha relevante, reestruturou-se para integrar a vontade funcional dos entes coletivos. Associações e sociedades tornaram-se atores sociais, agentes econômicos, sujeitos de direito autônomos, ao receberem do ordenamento jurídico o *status* de pessoa. Tal fenômeno não se trata de mera ficção, nem de realidade puramente sociológica, mas sim de uma realidade

juridicizada, explicável pela denominada teoria da realidade técnica e que restou positivada em vários países do mundo, dentre os quais o Brasil.

Especificamente em relação aos empresários (firmas individuais, sociedades e grupos de sociedades) há de se destacar que a atividade por eles desenvolvida – a empresa – tecnicamente fato social que se conceitua como atividade comercial hábil à produção de bens e serviços, perceber-se-á comum, no sentido de compor o objeto de estudo de diferentes campos do saber: o político, o sociológico, o jurídico e o econômico.

A teoria da empresa (destacada pelo Direito) e a teoria da firma (particularizada pela Economia) permitem a análise da empresa como fenômeno poliédrico, relevante para os sujeitos de direito que exercem a atividade (aspecto subjetivo), destacando-se o conjunto de bens que integram o patrimônio social (aspecto objetivo), bem como a conjugação de esforços entre empreendedores e colaboradores (independentes e subordinados, ou mesmo entre grupos de sociedades, a revelar o aspecto institucional) e, ainda, de igual importância a capacidade das estruturas empresariais de se tornarem vetores de produção de riqueza e de distribuição de renda (aspecto funcional).

A empresa se apresenta como interesse difuso e sua preservação como interesse difuso derivado. Logo, o ordenamento jurídico deve proteger e garantir os direitos dos entes coletivos formalmente constituídos. A personificação do ente coletivo impõe o respeito ao princípio da autonomia patrimonial, que se insere dentre suas garantias básicas e que delimita a separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio particular dos sócios.

Em caso de eventual insucesso do empreendimento, é possível o cálculo do risco do negócio, projetando-se um limite de sacrifício para o capital investido. Isto é, nas sociedades estruturadas pelo tipo limitada, por exemplo, uma vez integralizado o capital social em sua totalidade, eventuais dívidas sociais não poderão ser satisfeitas com o patrimônio particular dos sócios.

Excepcionalmente, o princípio da autonomia patrimonial poderá e deverá ser relativizado, quando houver mau uso da pessoa jurídica, sobretudo nas hipóteses de fraude contra credores. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica se apresenta como suficiente para debelar essa crise de função do ente coletivo. Todavia, criticável a banalização do instituto, com a criação legislativa de hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica pelo viés meramente objetivo, porque quase a anular o princípio da autonomia patrimonial.

Do ponto de vista da AED, a opção legislativa por uma relativização exagerada do instituto da desconsideração da personalidade jurídica provoca externalidades negativas. Em perspectiva, poderá, inclusive, conformar custo implícito do negócio, recomendando-se um cuidadoso planejamento, bem como a investigação e a avaliação do custo total do empreendimento, mesmo antes do nascedouro ou da materialização da atividade, pois sem a limitação de responsabilidade, o empreendedor, em vez de lançar-se à atividade produtiva de bens e serviços, a depender das peculiaridades do objeto social que tencione desenvolver, talvez tenha como mais vantajosa a oportunidade de especulação financeira.

A limitação da responsabilidade é regra de ouro a orientar investimentos produtivos. A imputação de responsabilidade pessoal aos administradores ou controladores dos empreendimentos exige a contextualização de uma atuação dolosa ou culposa, prejudicial ao ente coletivo e a terceiros, salvo eventual responsabilidade objetiva expressamente definida em lei.

De modo semelhante, no contexto dos grupos societários, o binômio poder de controle-responsabilidade sintetiza a ideia de que o membro do empreendimento, detentor de participação societária relevante, capaz de lhe permitir gerir o negócio, ainda que indiretamente pela escolha dos administradores/diretores, será responsabilizado pessoalmente quando se verificar, no caso concreto, o abuso do poder de controle.

Tal digressão permite a ilação de que a desconsideração da personalidade jurídica, calcada em cláusulas gerais, e facilmente invocada e identificável somente com a insolvabilidade do ente coletivo (nos termos da teoria menor), significa aumentar o risco do empreendimento, ainda que se constatem indícios de má-gestão, fraude ou abuso de poder.

A situação de crise financeira do ente coletivo, ainda que pontualmente em relação a um credor determinado, deveria ser debelada racionalmente. Para tanto, os conceitos básicos disponibilizados pela AED (escassez, escolha racional, equilíbrio, incentivos e eficiência) constituem o ferramental teórico essencial. Com efeito, a Economia não deve ser vista como uma ciência incompatível com o Direito; muito ao contrário, como ciência apta a mensurar o comportamento dos agentes econômicos, poderá auxiliar o jurista, na aplicação da lei, da forma mais consentânea com os fins sociais a que ela se destina.

As teorias como a dos jogos, da escolha racional, dos custos de transação, da eficiência de Pareto, da comunicação cooperativa (vinculada à assimetria de informações), a

da barganha, bem como da eficiência econômico-social são perfeitamente aplicáveis a um processo judicial que se proponha justo, efetivo e que se conclua em tempo razoável.

A desconsideração da personalidade jurídica vincula-se à judicialização da situação de crise do ente coletivo, ou seja, dependerá de uma decisão judicial. Teoricamente, no entanto, é possível pensar na possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica também na esfera administrativa, havendo nesse sentido projeto de lei a tratar especificamente do tema desconsideração da personalidade jurídica em tramitação no Congresso Mexicano.

Contudo, a historicidade do instituto, aponta que sua origem está jungida à atividade jurisdicional e, por isso, ao juiz que se ocupe do tema deverá se pautar pela ponderação dos interesses do credor em relativo confronto com os interesses do devedor, buscando uma situação de equilíbrio, para que terceiros não venham a ser prejudicados com a decisão. Isto é, o interesse coletivo, ou social, deverá ser o objetivo maior do julgado.

O esvaziamento patrimonial dos sócios do empreendimento, depois de eventual decisão que determine o correlato levantamento do véu corporativo, poderá demonstrar-se injusto em relação a outros credores da mesma classe daquele favorecido pela decisão de desconsideração da personalidade jurídica e que circunstancialmente não tenham conseguido instrumentalizar judicialmente a indenização de seus créditos. De decisão potencialmente ineficiente se trata, na perspectiva da AED, ainda que pelo viés subjetivo.

Para se evitar o risco de uma decisão socialmente prejudicial, *de lege ferenda*, propõe-se um acréscimo ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do projeto do novo Código de Processo Civil: após a citação daqueles que serão afetados pela possível desconsideração, necessariamente, será designada uma audiência de conciliação em que as partes deverão ser instadas a uma solução compartilhada. Assim, em vez da dicotomia ganha-perde própria do procedimento adversarial, em que os litigantes ultimam por se entrincheirar em posições diametralmente opostas, buscar-se-á a identificação de interesses comuns, a construção do binômio ganha-ganha, eliminando-se a litigiosidade represada e potencializada após a institucionalização da lide, para se alcançar uma solução construída pelas partes, fiscalizada pelo Ministério Público e homologada pelo Juízo, proporcionando-se³ a pacificação social e debelando-se a situação de crise do empreendimento.

Em sede de execução coletiva do devedor empresário (individual ou coletivo), a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica também merece ressalvas. A LFRE pode ser conceituada como um microssistema de direito em que restou positivado o

princípio da preservação da empresa. Isto é, diante da importância da atividade desenvolvida pelos devedores em crise financeira, racionalmente, inclusive sopesando os vários interesses em jogo (de fornecedores, de trabalhadores, de consumidores e do fisco), preferível à falência serão os mecanismos de recuperação do empreendimento.

De se salientar uma coincidência interessante. Da mesma maneira que as hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica foram positivadas no CC, de acordo com a técnica das cláusulas gerais (art. 50, do CC), ou seja, previstas genericamente e a serem contextualizadas ou afirmadas pelo julgador no caso concreto, também as hipóteses de recuperação da empresa em crise foram elencadas em rol *numerus apertus*, ou seja, em rol exemplificativo, igualmente de acordo com a técnica das cláusulas gerais (art. 50, desta vez da LFRE). Uma interpretação lógico-sistemática impõe como produtora, na fase pré-falimentar, dentre outros mecanismos, a realização de audiência de conciliação, mesmo na hipótese de ausência de depósito elisivo, quando as partes serão chamadas ao diálogo, para que lhes seja possível construir um caminho alternativo e, quem sabe assim, a conciliação das partes evitará os graves efeitos de eventual quebra.

Na hipótese de falência já decretada, a extensão dos efeitos da quebra em relação aos sócios do empreendimento ou outros entes coletivos (no contexto de grupos econômicos) pode e deve ser alcançada através de ação autônoma, em virtude do princípio da especialidade, tendo em vista a indicação de tal caminho pela própria lei de falências ao prever a ação de responsabilização. A tramitação paralela da execução coletiva (falência decretada, rito especial) e da ação de responsabilização (pelo rito ordinário) denota-se eficiente, porque são autônomos os referidos procedimentos autonomia, ainda que de forma relativa.

A técnica da desconconsideração da personalidade jurídica é, também, teoricamente possível em sede de execução coletiva, devendo ser opção complementar, não substitutiva da solução indicada no microssistema de direito a que corresponde a LFRE. Deveria, assim, corresponder à “última porta de saída” para a solução, por exemplo, na hipótese de prescrição da ação de responsabilização no biênio legal. Entretanto, não tem sido esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, diante de precedentes que afirmam a possibilidade de extensão dos efeitos da falência por meio da instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos autos da falência.

Do ponto de vista da AED, a opção pela desconconsideração da personalidade jurídica poderá se demonstrar potencialmente menos eficiente do que a propositura de eventual ação

de responsabilização. A extensão assim determinada poderá comprometer empreendimentos viáveis, impor contramarchas ao rito falimentar, diante do incremento da complexidade de várias falências embutidas num mesmo processo. Em razão disso, a economicidade processual restará comprometida, diante da tendência de prolongar no tempo a conclusão do feito. A potencialização do ativo em perspectiva e o aumento do passivo não são grandezas que guardam proporcionalidade.

Apesar da extensão dos efeitos da falência, talvez não haja arrecadação positiva, mas, nesta hipótese, o chamamento de outros credores, desta vez credores daqueles a quem tenham sido declarados extensíveis os efeitos da falência, resultará no aumento do passivo, o que ultimar-se-á por significar o malferimento do princípio da *par conditio creditorum*, ainda que indiretamente. Isso porque a situação dos credores específicos do falido originário poderá tornar-se pior do que aquela constatada antes da decisão de desconconsideração, tendo em vista a não alteração do ativo arrecadado, mas, por outro lado, um incremento do passivo. Tal decisão, assim, conformaria o índice de Pareto às avessas.

O princípio da eficiência econômico-social, recomendado pela AED, resumidamente, objetiva a socialização dos riscos e dos prejuízos entre o maior número de agentes econômicos envolvidos numa situação de conflito. Para tanto, a diminuição dos custos marginais e sociais de uma demanda judicial falimentar devem ser sopesados. Logo, a extensão dos efeitos da falência por meio de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica deve ser evitada, porque potencialmente, ainda que legalmente se lance à proteção de alguns credores, poderá ser prejudicial à totalidade deles.

Como escolha racional e não prejudicial à quebra se apresenta a ação de responsabilização, que mesmo não tendo coincidência com as hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o entendimento do CJF, deve ser priorizada – repise-se – em função do princípio da especialidade, mas também por se demonstrar economicamente mais eficiente. Portanto, o incidente de desconconsideração deve ser aplicado subsidiária e residualmente, apenas na hipótese de prescrição da ação de responsabilização, salientando-se que mesmo a técnica da desconconsideração da personalidade jurídica (ainda que seja considerada um direito potestativo dos credores, conforme precedentes do STJ) também encontrará um limite temporal após o encerramento da falência, qual seja o quinquênio ou o decênio autorizador da extinção das obrigações do falido, respectivamente, nas hipóteses de ausência ou ocorrência de condenação em crime falimentar.

Por derradeiro, uma vez encerrada a falência, é inexequível o desenvolvimento do objeto social pela ausência de patrimônio, exaurindo-se o prazo decadencial correspondente à extinção das obrigações, situação na qual é recomendável o sepultamento formal do ente coletivo com a baixa da sociedade no registro competente. Ocorrendo a extinção da pessoa moral, não é razoável cogitar-se de desconsideração da personalidade jurídica em relação ao ente coletivo que deixou fática e juridicamente de existir.

REFERÊNCIAS

ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho em la teoria de la sociedade de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosh, 1993.

AMARAL, Luiz Otávio Oliveira. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Liability Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationship in US, German and EU Law, a international and Comparative Perspective*. Denver-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

ARGENTINA. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_30_50.html>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 229 da III Jornada de Estudos de Direito Civil do CJF. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 470 da V Jornada de Estudos de Direito Civil do CJF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/issue/current>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 534 da VI Jornada de Estudos de Direito Civil do CJF. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20Jornada.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2321.htm>. Acesso em: 30 jul 2013.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 20 maio 2013.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 20 maio 2013.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em 20 maio 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9447.htm>. Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em 20 maio 2013.

_____. Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9847.htm>. Acesso em 20 maio 2013.

_____. Ministério de Minas e Energia. *Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: fatos e dados*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO_MONTE_-_Fatos_e_Dados.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Senado Federal. *Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 91827/SP, da 4ª Turma Cível, Brasília, 28/5/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=+91827&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 307895/SP, da 4ª Turma Cível, Brasília, 14/5/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=307895&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#>. Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. REsp 1259066/SP, 3ª. Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 28/06/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1259066&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='227'>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 430. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=70>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 435. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=65>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Mandado de Segurança 222200900016001 MA 00222-2009-000-16-00-1. Relator: JOSÉ EVANDRO DE SOUZA. Julgamento: 05/11/2009. Publicação: 21/12/2009. Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7443098/222200900016001-ma-00222-2009-000-16-00-1>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1970.

_____. *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*. Tradução de Joaquim Bispal. Barcelona: Ariel, 1984.

CAMPINHO, Sergio Campinho. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 6. ed., 1996.

CARVALHOSA, Modesto. *Responsabilidade Civil dos Administradores das Companhias Abertas*. Revista de Direito Mercantil, v. 49, p. 14-20, 1983.

CASABURI, Gabriel; RIGGIROZZI, Maria Pia; TUOZZO, Maria Fernanda. BMDs-sociedad civil: Luces y sombras de una nueva relación. In: TUSSIE, Diana (compiladora). *Luces y sombras de una nueva relación. El BID, el BM y la Sociedad Civil*. Argentina: Grupo Editorial, Flacso, 2000. Disponível em: <

http://200.123.184.98/uploaded_files/Publicaciones/conclusionesfinales.pdf>. Acesso em: 15 abr 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Fundamentos do direito falimentar*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 302-302.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics*. V. 3, pág. 1, 1960.

COBLES, José Hurtado. *La doctrina del levantamiento del velo societário em España e Hispanoamérica*. Barcelona: Atelier, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Manual de Direito Comercial*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSENSO DE WASHINGTON. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Consenso_de_Washington&oldid=36519580>. Acesso em: 15 abr 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito Europeu das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2005.

CORPUS Juris Civilis. Berlin: Weidmann, 1888. Disponível em: <<http://archive.org/details/corpusjuriscivil01krueuoft>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. São Paulo: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Departamento de Trânsito do Distrito Federal. Frota de veículos registrados no Distrito Federal. **Relatório.** Disponível em: <<http://www.detran.df.gov.br/images/05%20-%20Maio%20Frota.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ação de Responsabilização 2009.01.1.164502-4, na Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do Distrito Federal, Brasília, 27/8/2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=296&CDNUPROC=20090111645024>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Economic Governance*. London: Gorman Lectures, University College, 2002.

DUBOIS, Eduardo M. Favier. *La Desestimacion de La Personalidad Jurídica Societária como Limite al Globalismo em La Argentina del siglo XXI*. Disponível em: <http://www.legalmania.com.ar/derecho/desestimacion_personalidad_juridica.htm>. Acesso em: 21 abr. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Atlas, 2005.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FREITAS, Silene de Moraes. Movimentos Sociais e Expressões Políticas da Sociedade Civil. In: Ferreira, Lier Pires (org.). *Curso de Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. Ranking das Transnacionais Brasileiras 2012: os benefícios da internacionalização. Disponível em: <http://www.fdc.org.br/pt/Documents/2012/ranking_transnacionais_brasileiras2012.pdf>. Acesso em 07 maio 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002*. Revista dos Tribunais, v. 95, n. 846, pág. 22, São Paulo, RT, abr. 2006

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*. v. 1, n. 1, jan-jun, 2010. p. 7-33.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. Decisão interlocutória na Ação Civil Pública nº 201300500390, na 14ª Vara Cível e Ambiental, Goiânia, 19 fev. 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130220-02.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

GODOY, Arnaldo. *O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger*. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, pág. 49-63, 2007.

GOMES, Magno Federici; MAIA, Estefânia Lima. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor: análise dos aspectos processuais*. In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. N. 21/34.

GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. *Direito de Empresa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *Eficiência e Direito: Pecado ou Virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4>. Acesso em 21/08/2013, às 14:00.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Sociologia e Direito. In: GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli (Org.). *Vade Mecum Humanístico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual)*. Revista Forense n. 371, Forense, Rio de Janeiro, pág. 3-15, jan./fev. 2004.

GUIMARÃES, Thiago. *O Conceito de Externalidades e as Raízes do Pedágio Urbano na Teoria Econômica*. Disponível em: <<http://pralaetraca.files.wordpress.com/2008/10/rtp-117-thiago-guimaraes.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Londres: Polity Press, 1996a.

_____. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1996b.

_____. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madrid: Cátedra, 1987.

HIERRO, Liborio L. *Justicia, Igualdad y eficiencia*. *Isonomia*, nº 9, p. 129-171, out. 1998.

HRYNIEWICZ, Severo. *Latim para Advogados*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairnes versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

KATO, Jerry. *Curso de Finanças Empresariais*. São Paulo: MBooks, 2012.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor*. RDC 13/83-84.

LÉON WALRAS. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=L%C3%A9on_Walras&oldid=34869442>. Acesso em: 25 abr. 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?* Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. Curitiba : Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOPES, Simone Anacleto. O movimento Direito e Economia. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/simone_lopes.html>. Acesso em: 29 jul. 2013.

LOSANO, Mario. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoria de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=mfx7SwHpMUoC&pg=PA3&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 08/08/2013.

MADRID, Carlos Romero Sanz de. *Derecho Concursal*. 2. ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

MALLOY, Robin Paul. *Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice*. New York: West Publishing, 1990.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4.

MANKIWI, Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2005.

MAPA das micro e pequenas empresas. Disponível em: <www.brasil.gov.br/empreendedor/empreendedorismo-hoje/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>. Acesso em: 20 maio 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. O Contrato entre Luhmann e Habermas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 20, v. 77, p. 55-78, jan.-mar., 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Filho. As Sociedades Empresárias. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coordenadores). *O Novo Código Civil (Homenagem ao prof. Miguel Reale)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MAY, Yduan de Oliveira. *EIRELI: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno*. Amicus Curiae. V. 9, N. 9 (2012), 2012. ISSN

2237-7395. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/877/831>. Acesso em 25/08/2013, às 08:00.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERY NIETO, Rafael. *Notas sobre Análisis Económico del Derecho: uma mirada desde América Latina*. Revista Derecho y Humanidades. N. 10, 2004.

METALFRIO. Estrutura Societária. Disponível em: http://ri.metalfrío.com.br/metalfrío2008/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=19794 Acesso em: 07 maio 2013.

MICELI, Thomas J. *Economics of the Law*. New York: Oxford, 1997.

MIGALHAS. Torcidas organizadas de GO têm atividades suspensas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI172848,81042-torcidas+organizadas+de+GO+tem+atividades+suspensas>. Acesso em: 20 abr. 2013.

MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: New York University Press, 1995.

MONHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEIVA, Gerivaldo Alves. *A Súmula 381 do STJ: um ato falho?*. Disponível em <http://www.gerivaldoneiva.com/2009/05/sumula-381-do-stj-um-ato-falho.html>. Acesso em 20/08/2013, às 15:00.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, pág. 213.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor (Anotado e Comentado)*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. Direito e Literatura: Perspectivas para um “Novo” Direito. In ____ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil (natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas)*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAPP, Leonardo. *Análise Econômica do Direito e a (re)inserção da eficácia na Teoria do Direito*. In: IV Congresso Anual da Associação Mineira de Direito e Economia, 2012, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/article/viewFile/178/115>>. Acesso em 29 jul. 2013.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERIN JÚNIOR, Écio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

PARAGUAI. Código Civil. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

_____. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard; PARISI, Francesco. *Scuole e Tendenze nella Analisi Economica del Diritto*. Biblioteca della Libertà, v. 147, p. 3-19, 1998.

PRADO, Viviane Muller. *Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6404/76*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 maio 2013.

RAFFO, Francisco M. López. *El Corrimiento del Vel Societario (Alcances del art. 54, último párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales)*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2005.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *A sociedade simples e a empresária no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

RÉQUIA JÚNIOR, Weeberb João; ABREU, Lucijane Monteiro de. *Frota de veículos automotores e seca no Distrito Federal: os efeitos sobre a saúde pública*. In: VI Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade, 2012. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro6/anais/ARQUIVOS/GT4-1121-912-20120622195326.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito Comercial*. V. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009.

RODA, Carmen Boldó. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Editorial Aranzadi, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROEMER, Andres. *Introduccion al Análisis Económico del Derecho*. Tradução José Luiz Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMPAIO, Leonardo Rodrigues; CAMINIO, Cleonice P. Santos; ROAZZI, Antônio. *Justiça Distributiva: uma revisão da literatura psicossocial e desenvolvimentista*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a03.pdf>. Acesso em 21/08.2013, às 12:00.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá o direito ser emancipatório?* In Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 65, maio de 2003, pág. 3-76. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0112631-33.2013.8.26.0000, da 11ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 4/7/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6854295&vlCaptcha=YuhrN>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles (El abuso de derecho por meio de la persona jurídica)*. Tradução de Jose Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução do Direito Inglês e Norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006.

SOARES, Jô; VERÍSSIMO, Luís Fernando; FERNANDES, Millôr. *Humor nos Tempos do Collor*. São Paulo: L&PM, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STIGLITZ, Joseph. Um governo do 1%, pelo 1% e para o 1%. Condensação do artigo original. *DIARIO DO CENTRO DO MUNDO*. Disponível em: <<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-governo-do-1-pelo-1-e-para-o-1/>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa (Atividade Empresária e Mercados)*. São Paulo: Atlas, 2004.

TIGRE, Paulo Bastos. Inovação e Teorias da Firma em Três Paradigmas. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/oldroot/hpp/intranet/pdfs/inovacao_e_teorias_da_firma_em_tres_paradigmaspa_ultotigre.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito Processual Civil, Série Grandes Pareceristas*, v. 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

TIMM, Luciano. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLEDO, Paulo Campos Salles de. *Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras: Alguns Aspectos Polêmicos*. Revista de Direito Mercantil, v. 60, p. 24-38, 1985.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. V. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

URUGUAI. Código Civil. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/CodigoCivil/2002/L1t1.htm>>. Acesso em 20 abr. 2013.

URUGUAI. Lei nº 16.060, de 4 de setembro de 1989. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=16060&Anchor=>>>. Acesso em: 20 maio 2013.

VALE S.A.. Composição acionária da Vale. Disponível em: <http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Company/shareholding-structure/Shareholder_structure_p.pdf> Acesso em: 07 maio 2013.

_____. Controladas, coligadas e Joint Ventures. Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/investors/company/subsidiaries/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 07 maio 2013.

VALE S.A.. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Vale_S.A.&oldid=36606129>. Acesso em: 07 maio 2013.

VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos: Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo dos Riscos*. org. Marcelo Dias Varella. Brasília: Palloti, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Responsabilidade Civil Especial nas Instituições Financeiras e nos Consórcios em Liquidação Extrajudicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. *Peças Íntimas*. 2. ed. São Paulo: L&PM, 1990.

WALD, Arnoldo. O Empresário, a Empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Novo Código Civil (Homenagem ao prof. Miguel Reale)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

WALD, Arnoldo; FARIA, Werter. A Culpa e o Risco como Fundamentos da Responsabilidade Pessoal do Diretor do Banco. *Revista de Direito Mercantil*, v. 24, p. 36, 1976.

WAYNE, Eastman. *Critical Legal Studies*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Op. cit., pág. 756.

WILLIAMSON, John. *Did the Washington Consensus Fail?* Outline of Remarks at CSIS. Washington DC: Institute for International Economics, November 6, 2002.

WORLD BANK. Social Capital. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTSOCIALDEVELOPMENT/EXTTTSOCIALCAPITAL/0,,contentMDK:20185164~menuPK:418217~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:401015,00.html>>. Acesso em 15 abr. 2013.

WORMSER, Maurice. *Piercing the veil of corporate entity*. Columbia Law Review, v. 12, n. 6, p. 496-518, 1912.

ZAMORRA Y CASTILLO. *Processo, autocomposição e autodefesa*. Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional do México, 1991.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel (Org.). *Direito & Economia*. São Paulo: Elsevier, 2005.